

ub

TESIS 5-  
UAM/4 TD  
100

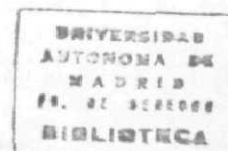
- I -

X-54-146281-3

EL ABUSO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Tesis doctoral presentada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, por el Licenciado en Derecho y Filosofía D. ANTONIO ROVIRA VIÑAS y realizada bajo la dirección del Catedrático de Teoría del Estado, Dr. D. ENRIQUE TIERNO GALVAN.

Reg. F. D.  
N.º 34.677



Vº Bº del Director:

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'E. Tierno', with a long horizontal stroke extending to the left.

Dr. D. Enrique Tierno Galván



INDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCION - Método, objeto y plan de la Investigación	VIII
<u>PRIMERA PARTE</u>	
<u>SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES</u>	
1. <u>Evolución de las leyes, documentos y declaraciones en los siglos XVII-XVIII.</u>	
1.1 Introducción. El movimiento provocado por el cambio inglés. La independencia americana y la Revolución Francesa.	2
1.2 Inglaterra. La concepción empírico-histórica de los derechos fundamentales.	4
1.3 Las Declaraciones norteamericanas. El inicio de la universalización de los derechos.	8
1.4 Francia. La universalización de los derechos.	12
2. <u>El Liberalismo. La formación de la teoría y arquitectura del Estado Liberal y su fundamentación en la economía burguesa.</u>	17
2.1 Hobbes: Tensión entre Estado Absoluto y la economía burguesa.	22
2.2 Locke: La armonización entre la teoría política y la economía burguesa.	28
2.3 Rousseau y la crítica del Estado representativo.	36
3. <u>Consideraciones generales .</u>	39
4. <u>Evolución de las Declaraciones de Derechos.</u>	54
4.1 Caracteres generales de la evolución.	55
4.2 Las Declaraciones de Derechos durante el siglo XIX.	57
4.3 Las Declaraciones de Derechos durante el siglo XX.	61
4.3.1 Caracteres de los derechos económicos, sociales y culturales.	67

	<u>Pág.</u>
5. <u>Significado de la evolución de las Declaraciones de Derechos.</u>	71
5.1 Presupuestos filosóficos.	74
5.2 Presupuestos políticos: del Estado Liberal al Estado Social de Derecho.	90
6. <u>Estado democrático de Derecho.</u>	101
7. <u>Consideraciones generales.</u>	112
7.1 Naturaleza de los derechos fundamentales.	113
7.2 Funciones de los derechos fundamentales.	121
7.3 Límites en el ejercicio de los derechos fundamentales.	127
<u>Notas - Primera Parte.</u>	137

## SEGUNDA PARTE

### EL ABUSO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. <u>Significado y alcance de la doctrina general del abuso de derecho.</u>	170
2. <u>Antecedentes históricos de esta figura.</u>	174
2.1 Roma.	176
2.2 Edad Media.	181
2.3 El liberalismo y la doctrina del abuso de derecho.	183
3. <u>Consagración de la figura del abuso de derecho.</u>	185
4. <u>Fases en que puede dividirse la evolución de dicha teoría.</u>	189
4.1 Fase jurisprudencial.	191
4.2 Fase positiva.	192
5. <u>Distintos criterios doctrinales que definen a esta teoría.</u>	194
5.1 Tendencias contrarias.	196
5.2 Tendencias favorables.	203
5.2.1 Criterios subjetivos.	203
5.2.2 Criterio objetivo.	206
5.2.3 Criterio mixto.	208
5.3 Nuestro punto de vista.	210

	<u>Pág.</u>
6. <u>Caracteres generales del abuso de derecho y su relación con figuras afines.</u>	212
6.1 Abuso de derecho y Derecho privado.	213
6.2 Abuso de derecho y derechos sociales, económicos y culturales.	215
6.3 Abuso de derecho y Estado de Derecho.	217
6.4 Abuso de derecho y laguna legal.	218
6.5 La figura del abuso como instrumento de socialización del derecho.	219
6.6 El abuso de derecho y la moral.	221
6.7 Abuso de derecho y seguridad jurídica.	222
6.8 Abuso de derecho y arbitrio judicial.	225
7. <u>Consideraciones críticas.</u>	232
8. <u>Trasplante de la teoría del abuso de derecho a otras ramas del Ordenamiento.</u>	235
8.1 Consideraciones generales.	236
8.2 El abuso de derecho en el ordenamiento administrativo.	240
8.2.1 Actividad discrecional de la Administración.	247
8.2.2 Abuso de derecho y desviación de poder.	250
8.3 Nuestro punto de vista.	254
9. <u>Aplicación de la doctrina del abuso de derecho al campo del derecho constitucional.</u>	257
9.1 Consideraciones generales.	258
9.2 El abuso de derecho y la desviación del poder legislativo del Parlamento.	259
9.3 El tratamiento constitucional de la doctrina del abuso de derecho como límite intrínseco al ejercicio de los derechos subjetivos.	264
9.4 El abuso de los derechos fundamentales.	269

	<u>Pág.</u>
10. <u>El "abuso" de derecho y los derechos fundamentales.</u>	270
10.1 Introducción.	272
10.2 El "abuso" de los derechos fundamentales.	277
10.3 El abuso de los derechos fundamentales en la Ley Funda- mental de la República Federal Alemana.	289
10.3.1 Marco histórico, político y económico de la Ley Fundamental de la República Federal Ale- mana.	289
10.3.2 El artículo 18 de la Ley Fundamental y la doc- trina general del abuso de derecho.	296
10.4 El abuso de derecho en la Constitución Española de 1978.	315
<u>Notas - Segunda Parte.</u>	321
<u>Conclusiones.</u>	347
<u>Bibliografía citada.</u>	356

INTRODUCCION

METODO, OBJETO Y PLAN DE LA INVESTIGACION



Para demostrar la vinculación de la teoría general del abuso como instrumento que puede llevar a eliminar definitivamente la diferencia entre Estado y sociedad, tendré que centrarme en el estudio de los componentes ideológicos que justifican a esta teoría formalmente, contrastándolos con los resultados reales de su aplicación. En estos casos, recurrir al método sociológico resulta obligado.

El trabajo se desarrolla en dos fases que se corresponden con las dos Partes. En la primera de ellas trataré de concretar el significado y alcance de las libertades fundamentales en la democracia contemporánea; diferenciándolo del significado y alcance que tenían en el Estado Liberal o que pueden tener en el Democrático.

El abuso de derecho, aparece con significados y alcances diferentes en todos ellos, y ello exige un análisis del desenvolvimiento histórico de estos derechos y/o libertades, en función de su inspiración ideológica y de los fundamentos socio-económicos en que descansa, estudiando el tratamiento distinto que se ha dado al tema en función de estos cambios, ideológicos, sociales y políticos.

En la segunda Parte he considerado indispensable ofrecer unos perfiles del desarrollo del abuso de derecho como límite especial al ejercicio de los derechos privados, haciendo hincapié en las épocas y sistemas que más decisivamente han contribuido a decantar su significación actual, tratando de precisar cuales son los resultados reales que se producen con su aplicación a esta rama del Ordenamiento.

Una vez concretados los caracteres y funciones que definen a la teoría general del abuso, analizaremos los riesgos, dificultades y peligros que suponen los intentos de trasplante de teorías y soluciones de Derecho civil al Derecho administrativo o constitucional. Poniendo de manifiesto las diferencias o semejanzas que pueden existir entre esta doctrina y las figuras de le détournement de pouvoir o la desviación del poder legislativo del Parlamento. Inten

to demostrar que una teoría satisfactoria del abuso de derecho, exige reivindicar para la teoría del Derecho constitucional toda la temática del abuso de derecho civil.

Terminaremos analizando los supuestos a los que en el ámbito de los derechos fundamentales se les intenta teóricamente trasplantar la teoría general del abuso. Tratando finalmente de contrastar las conclusiones a que lleguemos mediante el estudio de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana que es la primera Constitución en la que se positivizan de una forma expresa, este límite especial en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Sin embargo, tengo que aclarar que aunque el título de la tesis es EL ABUSO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, no pretendo especificar uno por uno y todos los posibles abusos en el ejercicio de estos derechos, ya que ello entraría en el ámbito de un estudio más amplio que sería el de los límites.

Tampoco intento realizar un análisis profundo y comparativo de todas las Constituciones que positivizan de una forma u otra este límite especial, por el contrario, la referencia que hagamos a Constituciones concretas sirve para contrastar, verificar o falsear las conclusiones a que lleguemos en los otros apartados.

Lo que yo aquí he escrito no tiene ninguna pretensión de novedad en particular.

Si esta tesis tiene algún valor, radica en dos cosas: la primera es la de sintetizar cuales son los caracteres reales que definen a la teoría general del abuso y cuál tiene que ser su ámbito de aplicación. Soy consciente aquí, de no haber profundizado todo lo posible, pero mis fuerzas son insuficientes para realizarlo en mayor medida, teniendo en cuenta que el tema es amplio y difícil. Por otra parte, en segundo lugar, el valor de este trabajo radica en descubrir la "verdad" que existe detrás de la confusa y polémica noción de abuso.



PRIMERA PARTE

SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

"Para no perder de vista la carrera del mundo, acordaos que en este tiempo (....) había historiadores que, como yo, en medio de las ruinas del presente, revolvían los archivos del pasado, que redactaban los anales de las antiguas revoluciones entre el ruido confuso de las nuevas: tanto ellos como yo, teniendo por mesa el edificio que amenaza ruina, la piedra que cae a nuestros pies, y esperando la que debe aplastar nuestras cabezas."

Vizconde de Chateaubriand

Estudios Históricos

Mellado, Madrid, 1950.

Estudio texto, segunda  
parte, pág. 5.



1. EVOLUCION DE LAS LEYES, DOCUMENTOS Y  
DECLARACIONES EN LOS SIGLOS XVII-XVIII

"Ya desde la Reforma alemana, las masas se habían acostumbrado al hecho de que, para ellas, la libertad era un (valor interior), compatible con cualquier forma de servidumbre..."

Herbet MARCUSE

Razón y Revolución.

Alianza Editorial. 1976

Madrid. Pág. 19

1.1 Introducción. El movimiento provocado por el cambio inglés. La independencia americana y la Revolución Francesa.

La Revolución Francesa no fue un movimiento político aislado, sino la culminación de un proceso revolucionario que tiene sus antecedentes en la Edad Media (1).

La lucha de la nueva clase, surgida de la revolución industrial, contra el Antiguo Régimen, se manifiesta ya en la Edad Media, con los derechos que como concesiones del rey, limitaban su poder (2).

Si queremos comprender el significado y alcance de las Declaraciones de Derechos, como elementos de una revolución política, conviene precisar cuál es la finalidad de los movimientos sociales de entonces. Esta finalidad consiste en limitar el poder absoluto del rey (3), <sup>la</sup> ~~finalidad~~ que ha variado, evolucionado, son los medios de limitar el poder del Estado, disminuyendo de esta forma su arbitrariedad. Pero la preocupación en la historia de la humanidad por encontrar fórmulas que dieran una mayor seguridad al individuo frente al Estado, ha sido constante; el mismo Derecho constituye uno de estos medios.

¿Cómo se lograba esta finalidad? En un primer momento, forzando, pre sionando al Monarca para que concediera estos privilegios, esto es: prerrogativas concedidas a grupos y a personas (4). El juramento exigido a los príncipes de guardar las leyes fundamentales, el establecimiento de instituciones es peciales con autoridad, en casos de contrafuero, sobre el Monarca, sus agentes y sus preceptos desaforados, así como la declaración de derechos e inmunidades personales y de grupo, son algunos de los medios que existieron en la Edad Media para limitar la arbitrariedad del poder del Estado y suponen el antecedente claro de las declaraciones de derechos.

Una declaración tal como la entendemos hoy era imposible que se diera en la Edad Media, por ser ésta una sociedad fragmentada en la que el concepto de Estado como aparato no existía; por lo tanto, los medios para limitar el pode

der del monarca beneficiaban a una persona o a un grupo, y en la mayor parte de los casos, eran documentos sin sistematización. La legitimación de la monarquía seguía intacta, la monarquía tenía y poseía el origen de todo poder, el monarca era el único que podía conceder, por conveniencias políticas del momento, ciertos privilegios, ciertos derechos, a un estamento primero, a un pueblo después; derechos que no eran más que la delegación temporal, la mayoría de las veces, de una parte del poder del soberano. Pero el origen, el fundamento de todo este poder, seguía residiendo en el monarca (5). La forma de otorgar estos privilegios como dice el profesor F. Battaglia: "no consiste en la concesión de Derecho público que el soberano hace a los súbditos, sino en un contrato, en el que sobre un fundamento que me atrevo a llamar patrimonial, aunque no propiamente privado, intervienen las dos partes y en el que el soberano renuncia a ciertas prerrogativas suyas en favor de los súbditos."

Esta revolución política, necesaria para crear las instituciones adecuadas a las nuevas condiciones sociales y necesidades económicas, fruto de lo que empezará a ser la revolución industrial, no se realizó en todos los países de la misma forma. El fin era el mismo, la forma diferente, dependía del desarrollo industrial, de la situación económica, y de las condiciones socio políticas de cada país.

## 1.2 Inglaterra. La concepción empírico-histórica de los derechos fundamentales

Un ejemplo típico de estos privilegios medievales, es la Carta Magna de 1215 (6), documento otorgado por el Rey Juan Sin Tierra (7), en la que el monarca se obliga a respetar ciertos derechos de los barones de su reino, que ya ejercían con anterioridad. Todos estos privilegios medievales, no tienen un alcance general ni sistemático y a menudo son temporales (8).

Pero a partir del siglo XVI, (9) ya no se encuentran privilegios a favor de un grupo, privilegios estamentales, sino que se extienden a favor de to dos los súbditos de un reino, conquistando, de esta forma, un grado más, estos privilegios, en el camino de lo que sería más tarde una de las características de las declaraciones de derechos: su universalidad (10).

El primer campo donde se manifiestan estos privilegios ya con carácter de generalidad, es el religioso (11); la libertad religiosa, la lucha por esta libertad, es la primera manifestación de las presiones encaminadas a la obtención de un privilegio con carácter general; el Edicto de Nantes de Enrique IV de Francia, y la carta del rey inglés Carlos II a la colonia de Rhode Island en 1663, fueron los primeros logros en este orden de cosas (12).

Los conflictos entre el Parlamento y la corona no terminaron con la concesión de la libertad religiosa, por el contrario, siguieron, con más fuerza cada vez, en el siglo XVII.

Fruto de estos conflictos, fue la aprobación de los documentos: La Petition of Rights, la ley sobre el Habeas Corpus y finalmente la Bill of Rights fue la primera declaración de derechos, pero con carácter nacional, eran derechos de los ingleses. Si bien estos documentos ingleses difieren en algunos puntos de las declaraciones modernas: no tienen carácter de universalidad y su fundamento no es racional, sino histórico y tradicional; en la Bill of Rights se introduce, aunque tímidamente, la fundamentación racional frente al empirismo que caracteriza a las anteriores (13).



Lo importante, creo, es precisar si estos documentos y leyes suponen ya un cambio cualitativo en la lucha por las libertades. F. Battaglia nos dice: "que la concesión al consolidarse en sucesivos reconocimientos, aparece bajo diferente forma, ya no como atribución, sino claramente como inherencia cualificadora de un grupo de personas con su derecho o sus derechos, que yo llamaría naturales como algo consustancial con aquellas personas o aquellos grupos" (14).

La revolución política en Inglaterra, es decir, la creación de nuevas instituciones, que pudieran asumir y controlar la realidad social y económica del momento, se logró mediante conquistas parciales, cuantitativas, mediante ellas se iba limitando el poder del rey, pero también se iba configurando un ámbito de libertad para el individuo. La acumulación de estos cambios cuantitativos, produjo, al final, un cambio cualitativo.

Como hace notar el profesor F. Battaglia "del conjunto de acuerdos británicos surgió lentamente un sistema de costumbres y principios constitucionarios sobre los que se erigió el cuerpo. Vivo de la Constitución inglesa, de una forma más acertada que si hubiera nacido sobre normas escritas pensadas por legisladores y doctrinarios" (15).

La forma de la revolución política inglesa, es original como lo es también su sistema jurídico. Esta originalidad vino favorecida por este sistema jurídico-político particular que permite que la costumbre tenga valor de ley y el precedente valor judicial (16).

Nos sigue diciendo el profesor F. Battaglia "cada texto, antes que reivindicar su valor creativo y constitutivo, se inserta en una trama de costumbres más antiguas, declarando obtener de ellas su autoridad, pero alimentando a su vez otras nuevas. Nada absolutamente nuevo interviene sin apoyarse en el pasado y al mismo tiempo, no hay acto que en el praxis viviente del Derecho constitucional no contribuya a su ulterior formulación" (17).



Los derechos reconocidos en los documentos y leyes antes mencionados, ya se venían practicando con anterioridad, el Parlamento lo único que hizo, es forzar su reconocimiento por la corona, fundamentándose y amparándose en la legalidad que le otorgaba el sistema Common Law.

Todo ello me lleva a afirmar, que la Monarquía inglesa ya no era la misma a finales del siglo XVII, el sistema político inglés se había transformado.

El proceso inglés de conquista de las libertades, fue por partes, por escalones desde 1215.

C. Sánchez-Viamonte (18) nos dice que la terminología inglesa, diferencia y describe muy bien este proceso original inglés hacia las conquistas de las libertades políticas. En inglés existen dos palabras para designar la libertad: LIBERTY y FREEDOM; el término "liberty" es una creación de la cultura greco-latina, tiene un carácter ético, metafísico, es una idea unitaria, abstracta, designa lo opuesto a esclavitud y servidumbre; por el contrario, el término "freedom" es un término anglosajón, es la libertad histórica concreta, práctica, institucionalizada, que se incorpora al derecho positivo como conquista histórica a través de sus luchas de clases, "freedom" es la concreción de la idea de libertad que es ahistórica.

El término "freedom" sirve para designar los derechos que se van institucionalizando, positivizando, el conjunto de libertades positivas recibe el nombre de "freedom".

El pragmatismo inglés construyó un término en el cual se encuentra todo su proceso de lucha por las libertades, libertades que se fueron consiguiendo escalonadamente, formando un todo unitario, para el cual el término de "liberty" no servía. La "liberty" es la libertad utópica. A este conjunto de derechos históricos positivos se le llama "freedom".

La "freedom" incluye otro elemento importante en el desarrollo posterior de las libertades, la concreción como uno de los elementos para la realización de éstos.

En nuestro idioma, al igual que en francés o en portugués, se ha establecido la misma diferencia, mediante el plural.

### 1.3 Las Declaraciones norteamericanas. El inicio de la universalización de los derechos

La fundamentación racionalista que ya se incoa tímidamente en el Bill of Right, se manifiesta en las colonias inglesas de América del Norte claramente, y tiene su apogeo en la Declaración francesa de 1789 (19).

Locke ya había dado a conocer sus teorías. Había teorizado sobre las libertades inglesas, las había dotado de una unidad y generalidad que áquellas no tenían, había construido a partir de ellas una teoría política, una filosofía que legitimara el sistema que ya existía. Rousseau y los demás teóricos del Siglo de las Luces, desarrollaron las tesis de Locke, con estos presupuestos de una teoría ya desarrollada, y con los antecedentes ingleses, se habían empezado a redactar las primeras Declaraciones en Norteamérica (20).

Parece lógico que sean las colonias inglesas de Norteamérica las primeras en dar una Declaración de derechos completa y con cierto carácter universal. Este país no tenía que combatir contra un Estado absoluto, no tenía que luchar contra los resabios medievales europeos (21), se trataba de la emancipación americana respecto a la Metrópoli.

Las Declaraciones Norteamericanas eran Declaraciones nacidas en una tierra en la que se habían refugiado desterrados de su patria por motivos de fe, muchos colonos no dejan de sentir el influjo iusnaturalista; siendo Locke no menos que Rousseau, quienes inspiraron su acentuado individualismo; entendiendo individualismo como filosofía que mantiene que el individuo tiene derechos que no debe al Estado, sino que le son inherentes como expresión de su misma naturaleza.

Por estas causas, allí la Declaración de Derechos no es solamente negativa, es decir, no aparece como negación o freno del poder del rey, sino que tiene carácter positivo, afirmando unos derechos de la persona humana, que

también servía para limitar y controlar el poder del Estado. El núcleo de referencia de esta Declaración ya no está en el poder del monarca, sino en las libertades de la persona.

Este proceso norteamericano (23), también tuvo fases. En la Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776, todavía no se consagra una declaración completa de derechos, es el Bill of Rights del buen pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776 (24), la que consagra un catálogo de derechos y libertades del hombre, y a ésta le siguieron las demás Declaraciones de los estados.

Estas Declaraciones tuvieron una influencia decisiva en las Constituciones de Cádiz de 1812, y en la de Bélgica, por ejemplo (25). De su influencia en la Declaración francesa de 1789 trataremos posteriormente.

Comparando las formas en que se dieron las revoluciones políticas en estos países, vemos que son diferentes, aunque mantenemos que la finalidad era la misma; dotar al Estado de nuevas instituciones que permitieran asumir los cambios sociales y políticos que había creado la revolución industrial.

La nueva clase surgida de la revolución industrial (26), la burguesía, necesitaba crear un marco de libertad frente al Estado. La forma de conseguirlo dependía de condiciones e instrumentos jurídico-políticos de cada Estado. La revolución política se consolida cuando la soberanía pasa del rey al pueblo y la Monarquía se transforma en una institución más del nuevo Estado, la cantidad se transforma en cualidad.

Creo exagerada la afirmación del profesor J. Castan Tobeñas, cuando escribe, "que las declaraciones constitucionales de derechos, tienen como punto de partida las norteamericanas, (especialmente la de Virginia) y la francesa de 1789" y sigue diciendo, que a éstas con respecto a las inglesas sólo les une un nexo histórico (27). Más bien creo que lo que se perfecciona es la forma, pero la finalidad y las funciones de todas ellas fueron las mismas.

El contenido se ha perfeccionado o modificado en la francesa y norteamericana con respecto a la inglesa, tanto como se ha modificado y perfeccionado en las actuales con respecto a las Declaraciones francesas o norteamericanas.

Este proceso político se da en todos los países donde se realizó la revolución industrial, la finalidad es adecuar las instituciones políticas para que puedan asumir la nueva realidad social y económica. Las instituciones del Estado absoluto no servían. La forma de la revolución política dependía de la realidad político-jurídica del país, Inglaterra lo hizo escalonadamente, su peculiar sistema se lo permitía. En Norteamérica, tenían que organizarse políticamente, era menester establecer instituciones políticas porque las que existían eran coloniales, no había Estado absoluto al que vencer, sólo tenían que crear. Para ello disponían de los antecedentes ingleses desarrollados y generalizados por teóricos como Locke y posteriormente Rousseau. Los políticos norteamericanos sólo tenían que crear una nueva estructura de Estado.

El profesor F. Battaglia, comenta que "mientras los textos ingleses no hacen más que confirmar la tradición nacional de las libertades patrias que se especifican en ellas, los textos americanos, recurrieron más a la naturaleza que a la historia (28).

Este argumento puede convertirse en una confirmación de las tesis que mantienen la separación absoluta entre los documentos ingleses y norteamericanos, como también hace el profesor Nicolás Pérez Serrano (29), puesto que los documentos norteamericanos no podían fundamentarse en la tradición, porque no tenían tradición como nación independiente, recordando lo que ya dijimos anteriormente, que el Bill of Right. No obstante, contiene ya elementos racionales, filosóficos, combinados con la tradición y la costumbre.

La finalidad de todas estas declaraciones era la misma: consolidar un marco de libertad individual (30), en el que se pudiera desarrollar el mercado capitalista. La forma de realizarlo era la declaración y posterior positivización de este marco.

La forma variaba, la finalidad no, crear un marco de libertades individuales que limitaran al poder absoluto, institucionalizar la separación entre sociedad civil y Estado.

Subrayemos también, que la forma de la revolución política se iba perfeccionando a medida que se creaban nuevos antecedentes, y las teorías filosóficas lo legitimaban al dotarlo de un nuevo código de valores con alcance general, y universal.

Obsérvese, sin embargo, que a cambio del avance teórico que las Declaraciones norteamericanas suponían, carecían en gran parte del valor práctico y normativo que acompañaban a las Leyes inglesas, ya que sus enunciados estarán desprovistos a menudo de eficacia jurídico-normativa (31).

En Inglaterra, el proceso hacia la positivización de las libertades, lo hizo el Parlamento. En Norteamérica, lo hizo la clase política y en la Revolución Francesa, la primera revolución, lo que Lefevre llama, la revolución de los juristas, lo hizo la Asamblea Nacional (32).

Estudiando los componentes de estos órganos y los intereses que dependían, sabremos la finalidad de la declaración liberal de derechos.



#### 1.4 Francia: La universalización de los derechos

La Declaración francesa, se hizo con todos los antecedentes que hemos mencionado, llegando más lejos que Estados Unidos (33).

Como indica J. Castán, el rasgo que diferencia a la Declaración francesa de 1789, de las anteriores formulaciones americanas, es su enfoque jurídico-político, en cierto modo universalista. La Declaración francesa con su clima individualista dentro de la escuela racionalista del Derecho natural, representa un grado más en el avance de las Declaraciones, acentuando su carácter universal, ninguna fue tan general (34).

Después de la polémica que sostuvieran, G. Jellinek y M. Boutmy (35), parece admitida por casi todos los autores, la influencia que tuvieron las Declaraciones de Virginia y las Leyes inglesas, en la Declaración de derechos francesa (36), influencia que fue decisiva y no sólo de estos antecedentes legales, sino también de las teorías correspondientes (37).

Lo demuestra (38) los comentarios que se hacían en la Asamblea Nacional, durante la discusión de los proyectos de Declaración (39), del proceso y Declaraciones de Estados Unidos (40) también los viajes que hacían los políticos franceses y norteamericanos, a uno y a otro país, como Lafayette, etc. (41). La finalidad de los políticos franceses era la misma: la forma, dadas las condiciones de Francia, diferente. Las instituciones políticas francesas no tenían la originalidad de las inglesas y Francia tampoco acababa de nacer como nación independiente, sin embargo, se intentó un proceso de cambio desde la legalidad, fue la revolución de los juristas, como la llama Lefevre (42), se quiso utilizar los instrumentos jurídicos para transformar las instituciones del Estado. Pero el proceso escalonado que llevó Inglaterra, era ya imposible en Francia.

La vieja y anticuada monarquía francesa con una corrupción que se extendía por todas sus instituciones, era incapaz de reformarse para adecuarse a

las nuevas necesidades del mercado. La desigualdad en los niveles social, económico y político, hacía necesaria la reforma, reforma que, la vieja y torpe monarquía francesa fue incapaz de realizar (43).

La ley sobre la abolición del feudalismo de 1789, fue el punto culminante de esta revolución jurídica, pero en la Francia del siglo XVIII, las instituciones políticas ya no servían, la separación entre el nivel económico y social con respecto al político, era ya insalvable.

La filosofía de Locke y Rousseau, se transformó en ideología, en el fin utópico de la lucha que movilizó a todo el pueblo contra el Estado Absoluto (44). La Revolución Francesa fue una revolución contra los abusos del Antiguo Régimen (45).

Dos funciones o finalidades tenía la Declaración, una manifiesta ideología, que movilizará al pueblo en contra del Estado absoluto, y otra latente, el crear y positivizar un ámbito de libertad para poder desarrollar el nuevo mercado, elevando al derecho de propiedad como el fundamento de todo derecho, institucionalizando de esta forma la limitación del poder del Estado.

La función manifiesta declaraba el carácter universal de toda la Declaración, elevando al hombre como centro de la actividad política y del Estado (46).

En la Revolución Francesa había que movilizar una fuerza capaz de vencer al Antiguo Régimen (47). Fue necesario dotar a la Declaración de un fundamento ideológico (48), que aglutinara (49) al pueblo y permitiera desterrar y superar la legitimación tradicional impuesta por el Derecho natural. Era necesario transformar al súbdito en la categoría de ciudadano.

La Revolución Francesa superó y venció al Antiguo Régimen y perfeccionó lo que inició la Declaración de Estados Unidos: un nuevo sistema político basado en una nueva concepción del mundo (50). La Declaración francesa tiene dos significados, de negociación del pasado y de preparación del porvenir. Esta es una de las diferencias respecto a sus antecedentes, tanto ingleses co



mo norteamericanos. En Inglaterra, no se negó el pasado, sino que se partía de él para construir el presente. Locke legitimó al nuevo sistema, partiendo de la moral tradicional; Burke criticaba la Revolución Francesa porque combatía y rechazaba la historia anterior (51). En Norteamérica no se tenía que rechazar el pasado, porque no tenía pasado como nación independiente.

Esta diferencia de la Revolución Francesa de ruptura con los códigos de legitimización anteriores, fue la que dio a la Declaración de 1789, una originalidad que no tenían las anteriores, haciéndola más completa, y también permitió que el proceso revolucionario, y la Declaración francesa como uno de sus elementos, fueran el centro de atención a imitar por todas las naciones europeas con situaciones parecidas a la de Francia (52). Como dice el profesor Del Vecchio "lo que da a la Declaración francesa una importancia histórica

de primer orden, es el haber ofrecido a todos los pueblos de Europa que aún se hallaban sujetos al Antiguo Régimen, un modelo teórico de libertad en el cual se inspiraron, mejor que en ningún otro, para sus reivindicaciones políticas, asociando desde entonces en adelante la idea de un gobierno liberal con una determinación fundamental de los derechos de los ciudadanos y por lo menos una parte de los principios de la Declaración fueron aceptados paulatinamente en las Constituciones de

los modernos estados". Estas naciones no podían seguir el proceso gradual inglés, su historia y su sistema jurídico-político no se lo permitían, ni tampoco el americano, porque tenían que superar un pasado absolutista. Esta diferencia y posiblemente la única originalidad de la Declaración francesa con respecto a la americana, no está en contradicción con la tesis de Janet, que afirma que fue una imitación de la norteamericana. Su originalidad estriba en que su función ideológica, como código de legitimación del nuevo sistema, adquirió nuevo alcance, una nueva dimensión, ruptura con el pasado, negar el pasado absolutista.

El segundo de los significados fue adquiriendo más importancia a medida que fue transcurriendo la Revolución. Lo prueba la cantidad de modificaciones que tuvo la primitiva de 1789.

Resumiendo, en un primer momento, en la Declaración de 1789, tenía más importancia la primera de estas dos dimensiones. A medida que las nuevas instituciones fueron consolidándose, y el pasado fue superándose, creció el segundo de los significados, la legitimización del nuevo Estado y la función creadora de un ámbito de libertad para el desarrollo del nuevo mercado.

Y podemos afirmar que la Revolución Francesa y uno de sus elementos, la Declaración, fue la más completa con respecto a todas las anteriores. La Revolución Francesa y la Declaración, completaron un proceso que tiene sus antecedentes en la Edad Media.

A partir de las Declaraciones del siglo XVIII, la autoridad del Estado ya no se concebía como colocada por encima de los derechos de los particulares, en esta interdependencia entre la finalidad y sus partes está la idea del Estado libre y la determinación de tal relación, lo que llamamos CONSTITUCION. En este sentido, el Estado surgió de la Revolución Francesa, FUE EL GERMEN DEL ESTADO DE DERECHO.

Para la Declaración, la Ley no es lo creado por la autoridad de cualquier modo instituida, sino que tiene un valor y un fundamento objetivo. La Ley, a partir de la Declaración, es la expresión de la voluntad general (53).

Sólo existía un límite en esta Declaración para el ejercicio de los derechos, el de que la igual libertad de cada uno, está llamada a determinar lo que ha de ser igualmente obligatorio para todos. Cualquier otro límite era ilegal (54).

La Declaración de Derechos señala precisamente el paso del a priori jurídico, a los preceptos positivos.

En esta Declaración se hace una distinción entre hombre y ciudadano, distinción que se reconoce en el propio título de la Declaración. Los derechos del hombre se definen como el ámbito de su vida individual frente al Estado; los derechos del ciudadano contienen las facultades del miembro de una sociedad política como partícipes del poder.

En esta distinción, que constituyen dos formas diferentes o con niveles distintos de participación política del individuo, podemos ver la influencia de la teoría de Locke, que mediante las dos formas que el establecía de conocimiento, teorizaba la desigualdad real en la participación política de los individuos en las actividades del Estado.

2. EL LIBERALISMO: LA FORMACION DE LA TEORIA Y  
ARQUITECTURA DEL ESTADO LIBERAL Y SU FUNDA-  
MENTACION EN LA ECONOMIA BURGUESA

"La seguridad de la propiedad, es el pivote alrededor del cual gira toda la legislación moderna".

Hegel

Fenomenología del Espíritu

Traducción de Wenceslao Ro

ces

F.C.E. 1979. Pág. 53.

Las Declaraciones de los siglos XVII y XVIII suponen la positivación de la filosofía del liberalismo, por lo tanto un estudio de la Doctrina liberal nos ayudará a concretar el significado de estas Declaraciones.

Lo común, como dice el profesor Tierno Galván, en la mayoría de los autores de los siglos XVII, XVIII, XIX es la idea de autodestrucción (55), la idea de que existen fuerzas contrarias que actúan sobre un mismo cuerpo y la preocupación de todos ellos está en buscar una fórmula de equilibrio.

Hobbes la busca en la autoridad, Locke en el gobierno civil, Rousseau en la voluntad general. En todos ellos es común la idea de autodestrucción, unos sitúan la causa en el propio hombre, otros en la sociedad, pero todos buscan fórmulas de equilibrio y todos lo hacen mediante la razón.

En este sentido, como sigue diciendo el profesor Tierno, el problema de los siglos XVII y XVIII consiste, ante la defraudación de obtener felicidad, equilibrio y en cierta forma orden (56), por medio de la fe y la esperanza en el orden divino, en buscar una solución en el mundo terreno, mediante la razón.

Ya no se parte de códigos éticos o morales para legitimar la forma de Estado, sino que se teoriza, consciente o inconscientemente, a partir de los hechos (57).

El liberalismo fue la filosofía que daba una justificación racional al mundo recién nacido. El liberalismo es un modo de vida, fundamento de una nueva cultura con nuevas categorías de pensamiento.

En la configuración de la doctrina liberal son muchos los elementos que intervienen, y es el resumen de un proceso histórico.

A la evolución del liberalismo han contribuido, de forma determinante, hombres que le eran ajenos y aún hostiles; desde Maquiavelo hasta Calvino, desde Lutero hasta Copérnico, desde Tomás Moro en un siglo; y en otro Richelieu y Luis XIV, Hobbes y Jurieu, y los mismo Pascal que Bacon.



Los descubrimientos geográficos, la nueva cosmología, las invenciones técnicas, una metafísica secular y renovada y sobre todo las formas nuevas de la vida económica, vinieron a contribuir a la formación de sus ideas directrices. No hubiera llegado a ser lo que fue, sin la revolución teológica que llamamos Reforma y ésta a su vez, debió mucho de su carácter al renacimiento de la cultura (58).

Lo que produjo el liberalismo fue la aparición de una nueva sociedad fundamentada en un nuevo sistema económico, basado en otras relaciones de producción. El liberalismo supone la justificación filosófica de estas nuevas prácticas. Puede decirse, en suma, que la idea del liberalismo está históricamente trabada y esto de modo ineludible, con la posesión de la propiedad y el afán de lucro, sin embargo, el afán de lucro es tan antiguo como la historia, lo que caracteriza al liberalismo es sostener que es más fácil lucrarse en una sociedad libre.

"Nunca pudo entender o nunca fue capaz de admitirlo plenamente que la libertad contractual jamás es genuinamente libre hasta que las partes contratantes poseen igual libertad para negociar..." "El individuo que el liberalismo ha tratado de proteger es aquel que, dentro de su marco social, es siempre libre para comprar su libertad" (59).

Las declaraciones de derechos suponen la positivación de esta filosofía liberal, por ello el estudio de esta doctrina nos aclarará el significado real, el alcance y funciones de estas declaraciones.

No se puede citar sólo a un autor como representante del liberalismo, son muchos los que de una forma u otra han contribuido teóricamente. Por esta misma razón los autores que vamos a estudiar ahora, como también los que no estudiaremos (ya que la finalidad de este apartado es poner en evidencia lo que hemos afirmado antes y no el realizar un estudio completo y riguroso de las diferentes doctrinas que han contribuido al liberalismo, que se escaparía del estudio de esta tesis), todos contribuyen con un elemento u otro, en

mayor o menor medida, a la configuración del liberalismo, pero también se diferencian de una forma u otra con esta doctrina.

La influencia política de la teoría de un autor nunca es completa, sus teorías sólo influncian en parte, y esta parte será mayor o menor, según sea su teoría explicativa de la nueva realidad, reflejo de la nueva situación social, económica, política, y por lo tanto legitimadora de unos nuevos intereses que son motor y causa de todo cambio.

La influencia que tuvieron autores como Hobbes, Locke y Rousseau, fue muy variada y es difícil establecer su alcance completo. Ninguno de ellos acertó plenamente sobre lo que después sería la estructura del Estado liberal, pero todos ellos aportaron elementos esenciales a la doctrina del liberalismo.

Mediante el estudio de estos autores, podemos aclarar las funciones reales que se esconden detrás de la abstracción.

Thomas Hobbes y John Locke son dos de los más grandes teóricos políticos que ha producido Inglaterra. El primero publicó su Leviatan en 1651, y el segundo dio a la luz su famoso Ensayo sobre el Gobierno civil en 1690; de manera que tan solo 30 años separaron la fecha de publicación de ambas obras famosas, pero la diferencia entre ellos es una diferencia de épocas, acaso de civilizaciones. El Leviatan es el último gran ejemplo de una obra intelectual del Renacimiento; Locke en su Ensayo es el primer precursor de la "Edad de la Ilustración". La comparación y el contraste entre estos dos autores nos permitirá percibir las características de las declaraciones de derechos (60).



## 2.1 Hobbes: Tensión entre Estado absoluto y la economía burguesa

Podemos empezar analizando las aportaciones de Hobbes en el campo de la Ciencia política; aportaciones de dos clases, unas metodológicas y otras fruto de esa metodología de contenido.

Las aportaciones metodológicas de este autor, claro antecedente de una de las preocupaciones capitales de todos los empiristas posteriores, consisten en que es el primero en cimentar su teoría política en los hechos, es decir, en la observación de la conducta del hombre de su tiempo, superando de esta forma la fundamentación metafísica de todas las teorías anteriores (61). La aportación de contenido, y no entraremos a analizar si lo hizo consciente o inconscientemente (62), consiste en descubrir, observando la conducta humana, las características del sistema mercantil de la Inglaterra de su momento (63), características que él suponía naturales, absolutas y universales (64).

Hobbes parte del estudio del hombre, de su naturaleza, de cómo es, de sus necesidades y cualidades, para de acuerdo con ellas, construir un nuevo modelo de autoridad que sirva para gobernar al hombre civilizado de acuerdo con los hechos que revela el estudio de su conducta (65).

Hobbes estudia al hombre civilizado, al hombre en una sociedad mercantil, y descubre las propiedades y leyes de ésta. Sus conclusiones sobre cuál es el Gobierno mejor, no son válidas, sus aportaciones sí. Fueron sus conclusiones las que seguramente le impidieron que la clase dirigente del momento popularizara sus doctrinas. El no fue liberal en sus conclusiones, pero sí en sus presupuestos (66).

El modelo de sociedad sobre el que teoriza Hobbes, ya no es el feudal, en donde la competencia y competitividad estaban reservadas a las altas jerarquías, que competían por los beneficios de la sociedad subordinada (67). El modelo sobre el que teoriza Hobbes, es la sociedad mercantil del siglo XVII en Inglaterra, en este modelo de sociedad, todo hombre es poseedor de algo

aunque sea sólo de su fuerza de trabajo, todos los valores se reducen a valores de mercado, incluso la misma justicia es un valor de mercado (68), todo hombre trata de conseguir más poder sobre los otros, todo hombre es competidor del hombre y todo está sujeto al precio que establece el mercado.

Sobre estos hechos puestos por Hobbes como características de la naturaleza humana, y que no son más que las leyes del mercado, levanta su teoría política. Una de las aportaciones de Hobbes es la deducción que hizo de las obligaciones del Derecho, a partir de los hechos, la estructura política de esta forma se construye a partir de aquellos que ha de ordenar y gobernar.

Al analizar el hombre, Hobbes también descubrió que algunas de sus características eran comunes, por ello podía construir una teoría del gobierno que los vinculara a todos (69). El hombre ha de tener algo común a los demás hombres para poder fundamentar la igualdad de todos ellos ante la ley. La igualdad ante la ley era uno de los presupuestos necesarios de la sociedad mercantil y así lo reflejó Hobbes en su concepto de la naturaleza humana. Por lo tanto, el sistema político que gobernará a esta naturaleza humana, a esta sociedad mercantil, tenía que declarar este derecho. Hobbes descubrió la igualdad de Hecho y sobre ella estableció la igualdad de Derecho, todo ello sin juicios de valor o premisas morales (70).

Esta igualdad en algún aspecto de la naturaleza humana, posibilita que existan obligaciones frente a todos, y por lo tanto, un Derecho que vincule a todos. El gobierno, la autoridad, ya no es la protectora de un estamento, si no el guardián que vigila que se cumplan las reglas de juego del mercado, la autoridad coactiva que hace que se cumplan los contratos, la autoridad que ve la porque la vida y la propiedad estén aseguradas, como requisito necesario para el cumplimiento de los contratos.

Lo común a los hombres, dice Hobbes, es la igualdad en la capacidad, y también la igualdad en las expectativas de establecer sus deseos (71).

No entraremos a desarrollar lo que entiende este autor por capacidad, poder personal, ni las características de sus deseos, ya que se desvía del objeto que estamos estudiando. Solamente diremos que estas dos clases o tipos de igualdad de Hobbes, se basan en su descubrimiento de otra de las características del sistema de mercado, la norma de que toda persona está subordinada al mercado y a las leyes del mercado, no dice que lo tiene que estar, sino que están, nadie puede escaparse de estas leyes, el sistema mercantil es un mercado en el que todos tienen la misma protección, como todos están sometidos y limitados por el mercado, el sistema político que regule a estos hombres, tiene que hacerlo de la misma forma (72).

El postulado de la igualdad ante la ley, se infiere lógicamente del análisis de los hechos. Y las mismas reglas del sistema mercantil habían hecho posible que Hobbes dedujera, que un soberano era necesario para imponer las leyes capaces de impedir que la competencia pacífica del mercado se convirtiera en el uso descarado de la fuerza (73).

El sistema mercantil había creado las condiciones para que Hobbes pudiera afirmar tales cosas, estableció la igualdad de todos ante las leyes del mercado, y sustituyó el orden jerárquico por el objetivo, también fue Hobbes quien descubrió otro de los postulados básicos del sistema mercantil, la necesidad del principio de libertad, para que pueda funcionar. El mercado hace a los hombres libres para competir y contratar, para usar de la propiedad se necesita de un marco de libertad y así poder utilizar el poder que concede este derecho.

¿Por qué la clase poseedora de Inglaterra no se basó en Hobbes para construir el sistema político, para gobernar y ordenar el nuevo modelo de sociedad? Le faltaba algo, la legitimación de su sistema. Su sistema estaba legitimado por los hechos, hechos que reproducían la miseria humana, que no podían ser reconocidos como los valores que inspirasen el nuevo sistema, fue Locke que anduvo la mitad de camino que Hobbes y legitimaba sus aportaciones con el código moral tradicional, el que sirvió de fundamento teórico al sistema

ma liberal. Para éste, la justicia, por ejemplo, ya no era un concepto de mercado, sino absoluto que incluía la idea de fin.

A Hobbes, le faltó un elemento esencial, para que su teoría pudiera fundar los cambios que se habían producido y se producían en la sociedad mercantil de su tiempo: el elemento ideológico, la función ideológica que explicara y legitimara moralmente los cambios sociales y económicos y las instituciones políticas necesarias para defender, ordenar y orientar estos cambios.

El segundo elemento ausente en la teoría política de Hobbes, para poder convertirse en instrumento de las nuevas clases dirigentes, es la conclusión autoritaria que impedía un control del poder del rey, le faltó el elemento de la garantía, que permitiera institucionalizar el control del rey, por parte de esta nueva clase (74). Hobbes se convirtió en un satélite de la aristocracia y nunca tuvo experiencia personal de negocios o de Gobierno o de administración de la cosa pública. Para Crossman, esto explica el pesimismo de Hobbes, y también que su influencia en la política fuese casi nula (75).

Pero la originalidad en descubrir los principios que rigen la sociedad mercantil, se lo debemos a Hobbes:

- Igualdad de todos ante el sistema mercantil.
- Sistema por encima de los individuos.
- Libertad necesaria para el ejercicio de la propiedad.
- Propiedad como derecho básico, como medida del poder de todo individuo o de todo Estado.

Sin embargo, Hobbes se equivocó en el sistema político; se basó en la lucha constante de todos los individuos contra todos, y no previó que habría una polarización de grupos y que la lucha sería entre éstos, pero que sus conclusiones, sobre cuál tenía que ser la forma de gobierno más eficaz y fuera en contra de los principios del Estado democrático liberal, no quiere decir que los postulados en que basó sus aportaciones sirvieran de fundamento a sus continuadores Spinoza y Locke.

Hobbes se adelantó, fue demasiado lejos para su tiempo. Locke rectificó, rehizo sus teorías de acuerdo con las necesidades del momento. Su ambigüedad, y contradicciones, no fueron obstáculo, y sí un tributo para que fueran leídas y defendidas por los propietarios de entonces.

Los dirigentes no estaban preparados, como había demostrado la fría acogida dada por todos a la teoría de Hobbes, a abandonar la ley moral tradicional y sustituirla por una doctrina de la utilidad y de la eficacia plenamente materialista que consideraban demasiado peligrosa.

Por ello, era necesario afirmar la igualdad natural del hombre, legitimando al mismo tiempo con esta ley natural, la desigualdad.

Hobbes analizó al hombre y de acuerdo con sus leyes, construyó una autoridad que pusiera unos límites para hacer posible un orden en la convivencia, regido por la autonomía de la voluntad, por el contrato. Hobbes legitimaba esta autoridad por la misma autonomía de la voluntad, el contrato (76), como única forma de evitar la anarquía y hacer posible el respeto y el cumplimiento de lo pactado. Desde este punto de vista, nos dice E. Tierno, "el poder del Estado es un poder razonable y divino, pero el poder deja de ser moral, divino y razonable en dos ocasiones: 1) si en lugar de evitar el miedo lo produce, 2) si traspone los límites de lo necesario y se traduce en un poder superfluo" (77).

Hobbes justificaba por la eficacia que esta nueva forma de gobierno era la mejor, y la única posible para gobernar a los hombres con las características que él descubrió. Para Hobbes, no existieron códigos morales o naturales, el gobierno tenía que ser así porque el hombre era así, se equivocó al hacer al hombre de su tiempo, de sus características, un hombre universalmente válido; se equivocó también en la forma de gobierno, la monarquía hereditaria, porque no se preocupó de que se dieran las garantías que hicieran posible el equilibrio en la contradicción de esta sociedad mercantil, entre la libertad y el límite de ésta, las garantías que permitieran dirigir al gobierno hacia la defensa de los intereses de los propietarios.



El contrato era la forma de unir la sociedad civil y la autoridad, pero no teorizó sobre las garantías de este contrato.

Locke partió de la moral tradicional, ahistórica, para legitimar la defensa de unos derechos de la persona, pero también partió de ella para limitarlos, de tal forma, que el reconocimiento de tales derechos no supusiera un peligro para el capital, para que no atentaran contra el libre ejercicio del derecho de propiedad natural, fundamento de todo otro derecho y motivo y base sobre la que surgió la sociedad mercantil.

El derecho natural tradicional, postulaba que la propiedad y sus frutos los había mandado Dios para el uso común de todos los hombres, la propiedad y el trabajo eran funciones sociales. Hobbes había prescindido de toda esta moral tradicional, y explicó lo que eran los hechos reales, elaborando a continuación, partiendo de ellos y prescindiendo de toda moral anterior, para justificar o fundamentar su sistema, su teoría política.



## 2.2 Locke: La armonización entre la teoría política y la economía burguesa

Locke, por el contrario, empieza su teoría desde el estado de naturaleza tradicional, con el concepto de propiedad limitada, otorgando unos derechos naturales a la vida, a la igualdad, a la propiedad, todos ellos limitados por por la función social (78). Pero Locke, en el mismo estado de naturaleza incluye una segunda fase, fase en la que aparece el dinero, estadio espontáneo que surge por consentimiento tácito (79) pero que a partir de él, los límites morales que existían ante el derecho de propiedad, se eliminan, traduciéndose, en esta segunda modalidad del estado de naturaleza, la propiedad, en un derecho absoluto y que el trabajo del hombre era propiedad suya.

Locke da un nuevo contenido al estado de naturaleza, partiendo del anterior, crea un nuevo derecho natural, un nuevo sistema cuyas reglas legitimen el sistema capitalista. Para Hobbes todo era mercancía, chocando con la moral anterior. Para Locke, por el contrario, la vida seguía siendo sagrada, sólo era mercancía, el trabajo y la persona.

La ilimitada acumulación de capital, era norma del estado de naturaleza, la propiedad del trabajo también. Locke realizó lo más importante, introdujo los supuestos del sistema de mercado en el que vivía en el sistema moral anterior, no rompió con nada, adaptó a las necesidades del momento, la moral tradicional.

Con este derecho natural, con este código moral adaptado al sistema y que obligaba por el hecho de ser moral, Locke está en condiciones de teorizar sobre la sociedad civil y el gobierno, como medio de realizar y positivizar el cumplimiento de este derecho natural divino.

El gobierno, para Locke, es instrumento necesario para la salvaguarda de los derechos naturales (80), los hombres ceden los poderes del estado de naturaleza, a la autoridad, para la salvaguarda de la propiedad, para que se pueda vivir de acuerdo con la ley natural (81) y los poderes se ceden a la mayoría también por consenso, la sociedad civil no crea derechos nuevos, la persona só-

lo cede los poderes que tenía en el estado de naturaleza y este poder cedido al gobierno, está para hacer cumplir los principios de derecho natural.

El estado de naturaleza de Locke, tiene la legitimación de la moral tradicional, pero se cambia o modifica parte del contenido. Ciertas leyes naturales evolucionan al introducir una nueva fase en el estado de naturaleza, que es la creada por el dinero.

La sociedad civil, que ya puede gobernarse por estas leyes, que Locke abstrae, y que surgieron de su observación, es el elemento que posibilita que se realicen en la práctica.

Locke hizo lo más importante, legitimó la propiedad ilimitada y, también, la acumulación de capital con el código moral tradicional, al que sólo ha modificado en sus bases internas, lo adaptó proporcionando una base moral al sistema capitalista (82).

C. B. Macpherson nos dice: "El ahistórico ámbito mental de Locke, no ponía obstáculo a que traslara sus supuestos relativos a la sociedad del siglo XVII a un hipotético estado de naturaleza, ni la generalización de determinados atributos del hombre y de la sociedad del siglo XVII como atributos de la sociedad precivil y del hombre como tal (83).

El poder de la persona que le otorgaba la ley natural, que le venía del estado de naturaleza, lo delegara al gobierno, al gobierno de la mayoría; pero la protección de la propiedad y de los propietarios, exigía que la mayoría no estuviera compuesta por todos los individuos que estuvieran sujetos al gobierno o que formaran parte de la sociedad civil, la inmensa clase trabajadora tenía que quedar fuera. ¿Cómo justificaba Locke esto? ¿Cómo podía justificarse que una persona en igualdad de derechos naturales, como el declaró, no formara parte permanente de la sociedad civil?

Locke lo justificó de esta forma: el hombre es propietario de su propia persona, esto es lo que le da el poder, los derechos naturales, pero el no

propietario no lo es, dejó de ser propietario de su propia persona, y por lo tanto, dejó de pertenecer a la sociedad civil plenamente.

Por ello, veía dos clases de derechos diferentes, que se basaban en una capacidad racional diferente. La clase trabajadora no es capaz de regular su vida racionalmente, no podía regular su vida por aquellos principios que Locke creía dictados por la razón, porque al no tener propiedad, no era propietario de su propia persona, para ello, decía Locke, éstos necesitan sanciones sobrenaturales para obedecer, para conducir sus conductas.

Los trabajadores, para Locke, eran miembros de la sociedad civil, pertenecían a ella, estaban en ella, pero no eran miembros plenos de ella.

De esta forma, legitimó, como natural, la desigualdad de clases, y le sirvió de fundamento para establecer que el gobierno de la mayoría, era de la mayoría de los propietarios.

Según Locke, todos los hombres eran en conjunto racionales, pero había dos clases de racionalidad distintas. Todos los hombres eran iguales en derechos naturales, pero existían dos órdenes de posesión distintos de los derechos naturales (84).

Locke mantenía como Hobbes que el hombre se movía fundamentalmente por apetitos y aversiones. Las reglas de derecho natural los limitaban.

Recapitulemos un momento. Locke parte de la moral tradicional, todos los hombres son iguales moralmente, todos tienen los mismos derechos y avanza el concepto de igualdad diciendo que todos son propietarios de su propia persona, son libres. Y lo que es más importante, todos son capaces de gobernarse a sí mismos. Este es un postulado esencial de la sociedad mercantil, que ya había formulado Hobbes, sin embargo, es consciente de que realmente no es así, la desigualdad es un hecho en la sociedad mercantil del siglo XVII: Como empirista que es, la observación de los hechos del mundo, le dice lo que es real y lo que no lo es. Lo que ve es la sociedad del siglo XVII, que es lo real, y lo racional es universal y absoluto, es lo natural. Por ello, inten-

ta conciliar las dos posturas y lo consigue dividiendo al estado de naturaleza en dos fases: la que declara la igualdad de derechos y los límites al ejercicio de éstos, y la segunda cuando surge el dinero. En la primera fase declara la igualdad de los hombres por naturaleza, y que son, también por naturaleza, capaces de gobernarse por sí mismos (85), pero dado que se ha introducido el elemento capital, el dinero, reconoce que la mayoría de los hombres son incapaces de gobernarse a sí mismos, de regir su vida por las reglas de la razón y son necesarias las sanciones religiosas y legales (86).

C. B. Macpherson afirma: "en Locke, la diferencia de racionalidad no era inherente a los hombres, no había sido implantado por Dios, por el contrario, se adquiría socialmente en virtud de posiciones económicas diferentes, se adquirirían en el estado de naturaleza de la segunda modalidad y por ser del estado de naturaleza, eran permanentes, postulados de la ley natural, de la razón a la que estaban obligados a adecuar la conducta" (87).

Siguiendo su método empírico, lo observado, lo reflejó en el estado de naturaleza, la ambivalencia de la sociedad burguesa, que exigía una igualdad formal, pero necesitaba de la desigualdad real.

La segunda modalidad del estado de naturaleza, produce inseguridad y violencia, los hombres están en la sociedad civil para protegerse de la inseguridad y violencia del estado de naturaleza. Justifica de esta forma, la necesidad del consenso para establecer la sociedad civil, la conservación de la propiedad, ésta es la finalidad de la constitución de la autoridad.

El trabajador, al no tener propiedades (hacienda, tierras), deja de ser propietario de su persona, por ello quedan sometidos por el pacto a la sociedad civil, pero no son miembros plenos de ella.

Los hombres con haciendas, son los que tienen el voto decisivo en la cuestión de impuestos, sin los cuales, ningún gobierno puede subsistir.

C. B. Macpherson opina que "El objeto de la obra de Locke fue dar una base moral para un estado de clases, a partir de unos postulados de los derechos individuales naturales". Dados los supuestos de derecho individualistas del siglo XVII, solamente era posible legitimar un estado de clases, mediante una doctrina del consenso que introdujera dentro de él, a una determinada clase sin hacienda, miembros del estado de pleno derecho (88).

El gobierno de la mayoría legitima el consenso que creaba la sociedad civil, pero era incompatible con el carácter sagrado de la propiedad que venía del estado de naturaleza. Su teoría de dos clases o niveles de razón y dos clases, por tanto, de participación efectiva en la sociedad civil, le permitieron solventar teóricamente esta contradicción (89).

Si esto no fue admitido por Hobbes, sí lo fue en Locke, porque, a diferencia de Hobbes, proporcionaba garantías para que el Estado respetase y defendiese los derechos de propiedad.

Locke, por ello, en su teoría constitucional, no reservó ciertos derechos del individuo frente al Estado, como fue el caso de los Levellers. Locke creía que la garantía para la salvaguarda de estos derechos, era suficiente con la supremacía de la mayoría para quitar la confianza al gobierno, cuando éste no actuase de acuerdo con los intereses de esta mayoría (90).

La teoría del Estado de Locke, era la siguiente: dos niveles de participación que los justificaba mediante los dos niveles de razón, la mayoría la constituían los propietarios, la opinión de la mayoría vinculaba a todos, partiendo de la opinión individual formaban una opinión común, el Estado estaba por encima de la opinión de los individuos, sólo la opinión de la mayoría, común, podía censurarlo, limitarlo, controlarlo, porque era fruto de ésta, no existían declaraciones de derechos individuales, si el Estado no actuaba de acuerdo con esta mayoría, existía el poder para derrocarlo.

"La revolución whig", consolidó la superioridad del parlamento sobre la monarquía, y la situación de los propietarios, la teoría de Locke estaba al servicio del estado whig, en los dos aspectos (91).

El hombre tiene unas libertades naturales, que le vienen de Dios, por ello, porque es libre, puede ceder el poder de esta libertad a otros, mediante el pacto, el consenso, al Estado. Los hombres ceden todo su poder natural. El Estado, para Locke, estaba limitado sólo por la ley natural, cuando su actuación era arbitraria.

La tarea que se propuso Locke, es decir, legitimar un nuevo sistema, con las categorías anteriores, le condujo a contradicciones que superó mediante la ambigüedad y la lógica de su teoría del conocimiento.

La gran contradicción consistía en mantener al mismo tiempo, la igualdad y la desigualdad entre los hombres. Así, en el primer Tratado sobre el Gobierno Civil, mantiene que los hombres no son libres por naturaleza, y en el segundo Tratado que los hombres, en el estado de naturaleza, son libres e iguales.

La explicación que da Locke, es que existen dos niveles de razón. Para Locke todos los hombres son iguales porque todos son racionales, pero todos los hombres no son iguales, porque no todos tienen el mismo nivel de razón.

El criterio que utiliza para diferenciar a unos de los otros, a una clase de personas de la otra clase es la propiedad, ya que para Locke, la propiedad de la tierra, lleva consigo la propiedad de la propia persona. Esta es la interpretación que podemos dar al uso de los dos conceptos de propiedad.

Pero lo que no explica Macpherson es ¿por qué la propiedad produce en la persona un nivel de RAZON diferente?

Para explicar cómo puede fundamentar esto Locke, tenemos que recurrir a su teoría del conocimiento.

Los dos niveles de razón, que justifican la desigualdad de clase en Locke, vienen de las dos operaciones que hace la mente para conocer.

Existen dos caminos (nos dice) para conocer, para que las ideas entren en la mente; el primero es el conocer, el ser consciente, es el camino de los



sentidos, mediante ellos las sensaciones y la realidad externa, llegan a la mente y forman las ideas simples, la mente actúa como "conocimiento", aprehen de la realidad exterior. Pero existe un segundo nivel, el de pensar, el de operar con las ideas simples. La mente actúa, en este caso, como "entendimiento" produciendo las ideas complejas.

Para Locke, todo el mundo puede conocer, pero no todo el mundo puede entender. Estos son los dos niveles de RAZON que justifican la desigualdad de clases en Locke.

Vemos, pues, que la teoría política en Locke, está fundamentada en su teoría del conocimiento, y es esta teoría del conocimiento la que le permite formular la igualdad y al mismo tiempo la desigualdad entre los hombres.

Para finalizar solamente dos citas que demuestran que entre lo que dijo Locke y lo que dijeron que dijo, media una gran distancia.

Locke fue el teórico que legitimó el sistema inglés que ya existía, su teoría fue útil a la nueva clase política de entonces que en parte la instrumentalizó, y lo mismo se hizo con los autores y teóricos de la Revolución Francesa.

Locke no fue tan democrático como dijeron que era, y su compromiso con el capital de entonces y sus intereses, hacía, que su teoría, al contrario que Hobbes, estuviera condicionada por la defensa de éstos.

La extensión y la variedad de los bienes de Locke han sido puestos en claro recientemente. En la década de 1670 poseía tierras por un valor de una renta anual de 240 libras, inversiones importantes en el comercio textil, de esclavos, y otras empresas marítimas, así como en capital invertido a corto plazo y en hipotecas.

En 1694, adquirió 500 libras en la primera emisión del Banco de Inglaterra. En 1699, solicitó consejo para invertir 1.500 libras que "tenía muertas". Su hacienda al morir se estimó en unas 20.000 libras.

Si Contrastamos esto, con su posición en el primer Tratado, cuando dice "la esclavitud es para el hombre una contradicción tan mísera y despreciable y contraria de modo tan directo a la naturaleza generosa y valiente de nuestra nación, que es difícil concebir que un Inglés, con mayor razón si se trata de un gentilhombre la defendiese" (92).

### 2.3 Rousseau y la crítica del Estado representativo

Sobre la influencia de la teoría de Rousseau en la Revolución Francesa, se dio una polémica que sostuvieron en 1918, Jellinek y Duguit. Estos polemizaron sobre quién influyó más, Montesquieu o Rousseau en el derrocamiento del Estado absoluto (93).

En esta polémica, aún no está clara, la distinción entre la influencia política y la influencia intelectual.

Podríamos resumir las características fundamentales del pensamiento de Rousseau, en tres puntos. El primero consiste en que Rousseau, ve en la política, la forma, la única forma de solucionar los problemas de la existencia humana. La política, que se fundamenta en la razón ve el único medio para poder construir una sociedad, es la que impere el criterio supremo de la vida moral (94). Según esta tesis, que también formuló Cassirer (95), mantiene que el sentido más profundo de Rousseau, está en la trasposición del problema del mal, del campo de la "teodicea" al de la "política".

La sociedad para Rousseau y en la sociedad, está el origen del mal. El mal es consecuencia de una mala organización, Rousseau de esta forma hace coincidir revolución, con solución del mal; esto le da a su teoría una fuerza inusitada, pero, al mismo tiempo, también es lo que fragua la ruptura con los enciclopedistas, Voltaire, D'Alambert, Diderot (96).

El segundo punto que caracteriza a las tesis de Rousseau, es trasponer, lo que antes se sostuvo como característica del hombre, a la sociedad, el origen del mal no está, pues, para Rousseau, en el hombre, como decía Hobbes, si no en la sociedad (97). De esta forma, la libertad para Rousseau, no es la libertad individualista, como la esfera excluyente para las demás, sino que se realiza implicando, positivamente la libertad de todos, por ello el hombre, para Rousseau, no tiene categoría del liberalismo. No teoriza sobre la esfera de libertad del hombre, sino de la sociedad. El hombre solamente se realiza como parte de un todo social que la lleva más allá de él.

El contrato y las características de este contrato en Rousseau, rompen, con toda la tradición del yusnaturalismo, de Locke, y posteriormente, también de Kant; el contrato, para éstos, consolida el orden natural, para Rousseau, crea un nuevo orden moral y social (98). Esta es la gran diferencia entre la forma de legitimación de la revolución inglesa y de la francesa, reforma y ruptura, y también es la base de las críticas que haría Burke, a la Revolución Francesa.

El tercer punto importante, en la teoría de este autor, es su comportamiento ante la situación económica. Mantuvo una actitud negativa ante el progreso económico y el desarrollo capitalista (99).

Posiblemente esta actitud le trajo como consecuencia, el que sus obras fueran perseguidas, no publicadas y prácticamente desconocidas, hasta que la Revolución Francesa estaba ya en marcha. Podemos deducir lo que la sociedad francesa experimentó en el siglo XVIII y ver en sus textos alguno de los elementos que, aislados de sus obras y del conjunto de sus teorías, sirvió y legitimó ciertos cambios e influenció intelectualmente a la sociedad de su tiempo.

Cuando Rousseau se pregunta ¿por qué la causa de todos los males sociales es la propia sociedad? utiliza la propiedad privada como la causante de tales males. Según el ginebrino, es la sociedad en la que existe la propiedad privada, la que produce desarreglos y desequilibrios.

En el prólogo del Narciso, realiza una crítica de la sociedad y nos dice: "en la sociedad civil, el poder político se puso al servicio de la propiedad privada, ello la convierte en el instrumento que legaliza, a cada uno, en la posesión de lo suyo, los ricos, la propia riqueza; los pobres, la propia pobreza", tal es según Rousseau la finalidad de las sociedades civiles existentes.

¿Cuál era pues, la posición de Rousseau en la sociedad política de su tiempo? Por un lado, combate al Antiguo Régimen, por otro también a la socie

dad civil; a la sociedad civil basada en la propiedad privada, he aquí la ambigüedad de Rousseau, se adelanta con su crítica al tiempo, por ello la gran influencia que tuvo en autores críticos de la sociedad civil, como Hegel, Marx (100).

Pero su posición indefinida y crítica a la vez, hacia los dos grandes movimientos políticos de su tiempo, le trajo como ya hemos dicho, la enemistad de los Philosophes, y también como dice Taylor (101): "La incomprensión y el silencio en la acogida de su obra, el 'CONTRAT SOCIAL', que comenzó a ser leído, sólo a partir de la Revolución Francesa. El mito según el cual, sigue diciendo el autor, el Contrato Social tuvo influencia en el derrocamiento del Ancien Regime y en la precipitación de la revolución, ha salido demasiado bien parada".

Rousseau, fue maldecido por críticos de la sociedad burguesa, como de Bonald, Joseph de Maistre, Saleilles, Maurice Barrès, y también por liberales franceses, como Benjamín Constant, Hipólito Taine, etc.

Rousseau, aún siendo el autor más político de su tiempo, fue, posiblemente el que menos influencia política tuvo en el período de la Revolución Francesa (102), sin embargo, su influencia intelectual, será al correr de los años, trascendental y universal. Para Rousseau, no se tiene que positivizar un ámbito de libertad para limitar el Estado. Da un salto cualitativo, la voluntad popular es la que limita al Estado y lo forma.

3. CONSIDERACIONES GENERALES



De lo dicho hasta ahora se desprenden como conclusiones, que las declaraciones de los siglos XVII y XVIII tienen todas ellas las mismas funciones, lo que varía es la forma. Las declaraciones son uno de los elementos de la revolución político liberal y como elementos se adecúan a la distinta forma en que se desarrollan cada una de estas Revoluciones.

En Inglaterra, no hubo ruptura y dada la forma como se hizo, no tenía que haberla. Filosóficamente Locke teorizó un nuevo Código de valores que partiendo de categorías tradicionales, legitimaba el sistema mercantilista. Políticamente, el desarrollo de la división de funciones entre el Ejecutivo y el Legislativo, es paralelo, en Inglaterra, a la designación del sistema feudal. En el siglo XIV, ya se reflejaba en la división del Parlamento en sus respectivas Cámaras de los Lores y de los Comunes, el desarrollo de una clase de pequeños propietarios y comerciantes, distinta de los grandes Barones y los Prelados (103). En estas condiciones, fruto de un desarrollo continuo de tres siglos, se llegó al siglo XVII con unas instituciones políticas que servían para representar y defender los intereses de la burguesía. Hacía falta reformar y dotar a estas instituciones de poder, pero no romper la tradición anterior. En cierta manera, la revolución inglesa está legitimada tradicionalmente. Este hecho es el que puede explicar el esacaso grado de racionalidad que tiene el Bill of Rights, aunque no podemos afirmar que no exista.

Aún así, Inglaterra tuvo necesidad de ordenar su sistema jurídico-político, y por lo tanto, los valores que legitimaran el sistema a las necesidades del mercado. Había que institucionalizar la limitación del poder político, impidiendo que pudiera volver a cometerse abusos parecidos a los que cometió Jacobo II, que llevaron a la Revolución de 1688; uno de los elementos que se emplearon fue la Declaración de derechos, el Bill of Rights.

El conjunto de leyes y documentos ingleses del siglo XVII, cumplen la función manifiesta de legitimar el nuevo Estado que surgió de la acumulación de conquistas parciales, y también cumplen la función latente de limitar el

poder del Estado, mediante la Declaración de un ámbito de libertad de la persona, necesario para el desarrollo del mercado, consolidando el marco de propiedad individual.

La particularidad de la función manifiesta que cumplen las leyes inglesas, particularidad que obedece a la originalidad de su historia, consiste en su fundamentación tradicional.

Por el contrario, las colonias inglesas de Norteamérica no tenían tradición como nación independiente, no podían imitar la forma de la Revolución inglesa, tenían que luchar contra la Metrópoli para lograr su independencia, una vez logrado esto, crear un Estado. Tenían que legitimar su lucha contra la Metrópoli con una ideología, ideología que no podía tener fundamentos tradicionales, históricos, sino que debían ser originales, creadores, fundamentando su ideología en el racionalismo. El racionalismo descubría la verdad y la imponía, mediante la razón se cambiaban las situaciones, y como racionalistas, creían en la virtualidad intrínseca de los derechos descubiertos por la razón; la virtualidad intrínseca del derecho de las colonias a independizarse de la Metrópoli.

Una tierra en la que se habían refugiado desterrados de su patria por motivos, en muchos casos, de fe, muchas colonias no dejan de sentir el influjo yusnaturalista, individualismo inspirado en la filosofía de Locke y Rousseau, entendiendo individualismo no como filosofía que mantiene que el individuo tiene derecho que no debe al Estado, sino que le son inherentes como expresión de su misma naturaleza. Ello explica el extremado individualismo de las Declaraciones norteamericanas.

El desarrollo económico norteamericano necesitaba la independencia. Hay que tener en cuenta que algunas colonias fueron empresas capitalistas, creadas y mantenidas ya por compañías, ya por individuos particulares, hombres emprendedores, dirigentes, y que la mayor parte de colonos eran negociantes, artesanos, tenderos, pequeños propietarios agrícolas, ansiosos de lograr rique-

za. Norteamérica tenía el desarrollo económico necesario, basado en su riqueza natural y en la tecnología inglesa para conseguirlo.

Un país desarrollado económicamente, pero que no tenía la capa superior de población que existía en Inglaterra: la aristocracia; solamente existía el control que ejercían la Corona y sus ministros.

Norteamérica era una tierra de esperanza donde el arrojo y el valor individual podían conducir a encontrar un camino de libertad y bienestar, en el que no existían límites, todo estaba por hacer. Ante estos hechos no se encontraba explicación a los impuestos que se tenían que pagar a la Metrópoli (104), ni el control político que se ejercía por parte de ésta.

Después de la guerra tenía que crearse un nuevo Estado, la clase burguesa, única clase poderosa, no tenía oposición a la que vencer, no existía Estado Absoluto al que derribar, sólo tenía que barrer las características medievales que habían sido importadas de Inglaterra, y constituir un Estado que defendiera sus intereses de empresa.

Las Declaraciones norteamericanas, a pesar de la forma diferente como se desarrolló su revolución, cumplían sin embargo las mismas funciones.

En primer lugar, una función manifiesta: legitimar al nuevo Estado; pero esta función, ya en Norteamérica se observa que tiene dos dimensiones, la que hemos señalado y la de servir de ideología para aglutinar a los colonos en sus luchas contra la Metrópoli, dimensión que no tuvieron necesidad de contemplarla las Leyes inglesas, y sin embargo, dimensión que se observa en aquellas declaraciones fundamentadas en el racionalismo, o bien que la fundamentación racionalista es la que dota a las declaraciones de esta dimensión.

En segundo lugar, tienen también la finalidad latente de crear un ámbito de libertad del individuo, que limite al poder del Estado, necesario para el desarrollo del mercado, basado en un derecho de propiedad ilimitado.

Las Declaraciones de Derechos de los Estados creados por la burguesía tienen todas las mismas finalidades.

La forma de revolución de las colonias norteamericanas fue diferente a la inglesa y por tanto, fue diferente la forma de las declaraciones de ambos Estados; las norteamericanas tienen un cierto carácter de universalidad y son completas. La fundamentación racionalista posibilitó estas nuevas características, pero las finalidades de todas estas declaraciones siguen siendo las mismas.

Este proceso político se da en todos los países donde se ha dado la revolución industrial, la finalidad es adecuar las instituciones políticas para que puedan asumir la nueva realidad social y económica (105). Las instituciones del Estado Absoluto no servían. La forma de la revolución política dependía de la realidad político-jurídica del país. Inglaterra lo hizo escalonadamente, su peculiar sistema se lo permitía. Pero Norteamérica tenía que organizarse políticamente, era necesario establecer instituciones políticas, porque las que existían eran coloniales, no había Estado Absoluto al que vencer, sólo tenían que crear, para ello tenían o disponían de los antecedentes ingleses desarrollados y generalizados por teóricos como Locke y posteriormente Rousseau.

Pero las declaraciones, como elementos de este proceso político, cumplen las mismas funciones.

En esta evolución de la forma de las declaraciones se observa el paso de lo particular a lo general, y por lo tanto, las declaraciones norteamericanas carecían, en parte, de valor práctico y normativo que había acompañado a las declaraciones inglesas, fenómeno que se observa, en mayor medida, en la Declaración francesa de 1789, más general y por lo tanto, más formal.

Lo que evoluciona en las declaraciones es la forma, perfeccionándola para la realización de sus funciones, realización no de la Declaración, sino de las funciones que se pretendían con ella. Los intereses de las clases poderosas de entonces se defendían con declaraciones formales, ideológicas, ahora bien, su realización suponía un peligro para los intereses de esta clase. El

consolidar el marco de propiedad individual era la finalidad de limitar el poder del Estado (106).

Analizando la Revolución Francesa y la Declaración de 1789, como uno de sus elementos, se corroboran las afirmaciones anteriores.

La forma de la Revolución fue diferente en Francia y también en Alemania, Rusia, Austria, Italia, España; el principio de la monarquía conservaba la supremacía. Una generación anterior a la Revolución, Inglaterra se había convertido en la fábrica industrial del mundo y comenzaba a experimentar la rápida aceleración de la revolución industrial. Este desarrollo económico no lo tenía Francia, y posiblemente la incertidumbre y variabilidad de la estructura clasista francesa, fue la que impidió que se consolidaran unas instituciones políticas estables (107).

Lo que no quiere decir es que no existiera burguesía. Esta, se demostró, no estaba lo suficientemente madura como para consolidar sus instituciones democráticas, pero sí lo suficiente como para aprovecharse de las propias equivocaciones de la vieja monarquía, que no se supo adaptar a la nueva situación creada por el progreso y el desarrollo de la ideología liberal.

"El período entre la muerte de Luis XIV en 1715 y la destrucción de la Bastilla en 1789, es de completo decaimiento. El pueblo, subyugado y no dirigido, no podía mostrar entusiasmo alguno por victorias guerreras o por la riqueza del monarca..." "Exhausta por estos esfuerzos, Francia se vió condenada a la derrota en las guerras coloniales del siglo XVIII, de manera que a finales de este siglo, el país gemía bajo un corrupto sistema financiero y no tenía más remedio que darse cuenta de que no había esperanza de que la monarquía pudiera corregir sus vicios, ni siquiera a través de reformas constitucionales que permitiesen la intervención de otros poderes" (108).

La situación política, económica y social era diferente en la Francia del siglo XVIII a la Inglaterra del siglo XVII o a las colonias norteamericanas de mitadas del siglo XVIII.



El desarrollo continuo que durante tres siglos había experimentado Inglaterra, no lo tenía Francia, donde el Estado Absoluto se negaba a evolucionar, y la experiencia americana era imposible en una nación independiente como Francia.

La Revolución Francesa se produjo, no solamente porque existía una burguesía que reivindicaba un nuevo orden político para defender sus intereses, sino que fue favorecida, también, por la corrupta y vieja Monarquía, incapaz de asumir y canalizar el más pequeño cambio.

Sin embargo, esta forma diferente de la Revolución Francesa, dadas las condiciones políticas, económicas y sociales, no modificó las funciones que caracterizaban a las declaraciones.

La Declaración francesa de 1789, también tiene la función manifiesta, como legitimadora de la nueva forma de Estado, con las dos dimensiones que se observan ya en las declaraciones norteamericanas, pero un significado nuevo de negación del pasado que se añade al de preparación del porvenir.

El significado de negación del pasado es una de sus diferencias respecto a sus antecedentes, tanto ingleses como norteamericanos, diferencia no de la función, sino de la forma de manifestarse esta función.

En Inglaterra no se negó el pasado, sino que se partía de él para construir el presente; en Norteamérica no se tenía que rechazar el pasado porque no tenía pasado como nación independiente (109).

Francia tuvo que romper con los códigos de legitimación anteriores, por ello tuvo que dogmatizar las características que en las experiencias anteriores ya se empezaron a notar, su generalidad, su enfoque filosófico-político universalista, su fundamentación basada en el yusnaturalismo racionalista, todo ello se consagró en esta Declaración.

También tiene ésta, a pesar de su forma diferente, la función que he llamado latente, es decir, ser el instrumento que normativizará y legitimará



un ámbito de libertad del individuo, necesario para el desarrollo del mercado, basado en un derecho de propiedad ilimitado, y como medio de instrumentalizar los límites del poder del Estado.

Así vemos como en naciones con condiciones económicas parecidas, las nuevas clases necesitaban otros sistemas que protegiera su derecho de propiedad y que las declaraciones legitimaban al mismo tiempo, sus aspiraciones y la forma de conseguirlas.

Las declaraciones de derechos sirvieron para limitar y legitimar la limitación del poder del soberano y fueron el origen y sentaron las bases de lo que sería, más tarde, el Estado de Derecho.

Con el estudio de la teoría política de Hobbes, Locke y Rousseau, se confirma lo que antes hemos dicho sobre las funciones de las declaraciones.

Si he escogido a estos tres autores y no a otros, como por ejemplo Montesquieu posiblemente más representativo, es por varias razones; la primera de ellas porque resultaba superfluo e imposible en un tema de tesis como el presente, el tratar a todos los autores que tuvieron una influencia política en el liberalismo. Y son estos tres y no otros, porque sirven mejor para demostrar la tesis que sigo manteniendo, que aunque es evidente en todos los autores teóricos del Estado liberal, éstos lo hacen a distintos niveles, lo que es útil para demostrar cuáles eran las funciones de las declaraciones de derechos.

Tanto Locke, Hobbes como Rousseau teorizaron sobre el Estado liberal, consciente o inconscientemente. Hobbes lo hizo en los presupuestos, no en las conclusiones; sin embargo, aunque todos teorizan sobre el mismo fenómeno, no todos tienen la misma influencia política.

Con ello trato de demostrar que sólo aquellos autores que en sus teorías defienden y justifican las funciones que, hemos dicho, tienen las declaraciones, son los que influenciaron políticamente en mayor medida, y de una forma que podríamos llamar oficial, a la sociedad de su tiempo.

El Liberalismo es la filosofía que legitima, por un lado, la transformación de la sociedad, y por otro, la alternativa de poder por parte de la burguesía.

El individuo al que protegen es aquel que dentro de su marco social es siempre libre para comprar su libertad. La teoría de los autores que, como Locke, tuvieron una influencia política en la sociedad de su tiempo, está siempre trabada, de modo ineludible, con la posesión de la propiedad.

Defienden los presupuestos necesarios de la sociedad mercantil, igualdad ante la ley, que toda persona está subordinada al mercado y a la ley del mercado; y el principio de libertad, libertad necesaria para competir y contratar, etc...

El elemento común de todas estas doctrinas consiste en que el soberano, ya sea del Leviatan del Gobierno civil o de la voluntad general, tiene la finalidad de imponer y garantizar las nuevas relaciones de producción.

Tanto empiristas como racionalistas, observan la realidad del momento y descubren las leyes del mercado.

Pero Hobbes, aunque descubrió esas leyes, no acertó a concluir sus teorías con unas garantías que las aseguraran; Hobbes fue un desconocido y no fue apoyado por la clase poseedora de su tiempo, porque su teoría no contemplaba la función expresa y necesaria de la teoría liberal. Hobbes no limitó el poder del monarca y esto es la garantía esencial del liberalismo. La doctrina de Hobbes no contemplaba lo que hemos llamado función latente: limitar el poder del Estado como garantía para la realización, y respeto a la libertad de contratación. Tampoco cumplía su teoría con la función expresa de legitimar al Estado con criterios de justicia, que cumplieran con la función ideológica de movilizar al pueblo contra el Estado Absoluto.

Hobbes descubrió el Derecho burgués, pero no supo crear las instituciones para garantizarlo; éste fue el motivo que redujo su filosofía casi al animato.

Hobbes es una de las excepciones al empirismo que caracteriza a, prácticamente, todos los autores ingleses, él por el contrario es abstracto y teórico, sufre las influencias del pensamiento cartesiano. Por un lado Hobbes no es grato a la monarquía por su ateísmo, por otro tampoco a los liberales por sus conclusiones autoritarias. En Hobbes los presupuestos económicos no se corresponden con su teoría política, ya que influido por la inestabilidad política que existía en aquellos tiempos, su obsesión está centrada en fortalecer al Estado.

Por el contrario Locke legitima al nuevo Estado con criterios tradicionales, su teoría contempla la función latente: limitar el poder del Estado, justificando y garantizando el Gobierno de los propietarios. Mantiene que el Gobierno es el instrumento necesario para la salvaguarda de los derechos naturales y por último asegura mediante su teoría, la participación efectiva política de la clase propietaria.

Locke hizo lo más importante, legitimó la propiedad ilimitada y también la acumulación de capital con el código de moral tradicional al que sólo ha modificado en sus bases internas, lo adaptó proporcionando una base moral al sistema capitalista. Legitimó la desigualdad real fundamentada en la igualdad formal.

La teoría de Locke cumplía con las funciones necesarias para el desarrollo del nuevo mercado. Legitimaba al nuevo Estado, limitaba el poder político, teorizaba sobre los derechos de la persona. Por ello, al contrario de Hobbes, su influencia política fue muy grande. Locke armonizó la teoría política con la economía burguesa.

Respecto a Rousseau, aunque lo hemos intentado, resulta difícil hacer una síntesis de su teoría, ya que corremos el peligro de dejar poco claro que existe un Rousseau autoritario, otro demócrata, otro anarquista, como por ejemplo el Rousseau del discurso sobre la desigualdad y Meditaciones de un Paseante Solitario. Por el contrario, en el texto de las Confesiones, dice claramente que la política es un reflejo de la psicología.

El Rousseau que nos interesa ahora, sin dejar de tener en cuenta lo dicho anteriormente, es el del Contrato Social.

Las partes del Contrato Social que pertenecen a la tradición del siglo XVIII, no necesitan ser examinadas muy extensamente. En ellas Rousseau, como casi todos sus contemporáneos, combate en pro del reconocimiento de los derechos de propiedad y en pro del Gobierno civil, siguiendo las líneas generales de Locke, y la voluntad general está cercenada por el reconocimiento de los derechos naturales (110).

Sin embargo, tenemos que reconocer la poca influencia política que tuvo en su tiempo, y en cambio reafirmar su influencia intelectual.

Su contribución política, dada su originalidad y profundidad filosófica, está en la negación del pasado absolutista y por lo tanto en la legitimación del nuevo Estado; la teoría efectiva, en la Francia de aquellos tiempos, era la de Thomas Paine (111).

Sobre la influencia de Rousseau en la Declaración de 1789, existe una viva polémica.

Taylor, como ya hemos dicho, cree que la influencia política de Rousseau es escasa.

"El mito según el cual el Contrat Social tuvo influencia en el derrocamiento del Ancien Régime y en la precipitación de la Revolución, ha salido demasiado bien parado. Verdaderamente surge cuando la Revolución Francesa..." (112).

Crossman opina algo semejante:

"Si Rousseau fue el profeta de la Revolución Francesa, Paine fue su más hábil propagandista y sus opiniones son mucho más representativas del ideario revolucionario radical que todo lo que Rousseau escribiera. Aunque menos profundo, resultó mucho más efectivo" (113).

Sin embargo, el profesor Pablo Lucas Verdú opina todo lo contrario.

"Respecto a la primera afirmación de Jellinek - opina el autor - que niega el influjo de Rousseau sobre la famosa Declaración de 1789, conviene aclarar que es excesivo rechazar tal influencia. Aunque es cierto que en el Contrato Social abundan las contradicciones, este fenómeno se da en el mismo proceso de la revolución al pretender conciliar un "Derecho individual inviolable" con la soberanía nacional. Por otra parte la doctrina roussoniana, a pesar de la variedad de interpretaciones posteriores que suscitó, cosa común en toda doctrina clásica, fue considerada por los coetáneos enteramente favorable a la personalidad y es menester conexionar el Contrato Social con otros escritos del ginebrino como documentos fundamentales en la literatura precursora de la Revolución" (114).

Sobre la influencia de Rousseau en las Declaraciones opina Del Vecchio: "El verdadero objeto de la especulación jurídica de Rousseau, es que el Estado legítimo se conforme a su Constitución, al principio de la IGUAL libertad individual. De este modo se prepara la doctrina de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que fueron reconocidos, en parte, en la Constitución inglesa y que pronto hubo de alcanzar su más solemne sanción positiva en las revoluciones de América y Francia. En aquel sistema, la persona humana era considerada como el principio y fin absoluto de toda institución política. El derecho de toda persona era afirmado como razón inherente y constitutiva de todo Gobierno. La libertad de todos los hombres y su correspondiente igualdad son declarados como condición a priori de la validez de las leyes y de la legitimidad del poder jurídico. En individuo, por lo tanto, llega a la soberanía en el orden del derecho, de igual modo que la Razón Individual era elevada a criterio soberano de la verdad" (115).

La teoría política de Rousseau tuvo una influencia escasa en la Revolución Francesa, lo que antes hemos dicho sobre este autor lo demuestra, contradictorio, ambiguo, que se ganó la enemistad de unos y otros, el conjunto de

sus obras, sus teorías, no cumplían las funciones necesarias para legitimar y construir el nuevo Estado.

Pero se puede afirmar también, que aunque Rousseau no influyó excesivamente a la Revolución Francesa, sí lo hizo, en mayor medida, su texto el Contrat Social, que corresponde a lo que podríamos llamar el Rousseau liberal. En esta obra Rousseau cumple, como profeta de la Revolución, con la función de negar, con criterios de justicia, el Estado Absoluto. Pero también cumple con la función de legitimar la nueva forma de Estado y la voluntad general es la que limita su poder, voluntad general que está limitada por el reconocimiento de los derechos naturales. Pero no hay que olvidar que Rousseau es un crítico del Estado representativo.

En resumen, de estos autores se escoge una parte de sus teorías, mayor o menor, en función de que legitimen, defiendan, contemplen y cumplan las funciones necesarias a los nuevos intereses de la clase burguesa, y su influencia política está proporcionalmente relacionada con el cumplimiento de estas funciones.

En efecto, la función principal que caracteriza a las declaraciones de los siglos XVII y XVIII, es la de constituir un límite al poder político asegurando de esta forma un ámbito de libertad para la persona en el que se pudiera desarrollar (116).

El significado de estas Declaraciones imposibilitará el que pudiera tomarse consciencia de la posibilidad de abusar en el ejercicio de estos Derechos. Para la mentalidad de aquel tiempo, el único que podía abusar y abusaba era el Estado Absoluto y el único abuso que se concebía era el abuso por parte del poder político. Las Declaraciones eran el instrumento político para impedirlos.

Los derechos humanos se concebían como naturales, innatos, por encima de cualquier poder humano y nadie estaba capacitado para limitarlos. En este principio residía la fuerza de estos Derechos para imponer un límite al poder



del Estado. A nivel ideológico, por tanto, era imposible que pudiera reconocerse el abuso de los derechos fundamentales.

A nivel económico tampoco tiene cabida la idea de abuso de derecho, ya que contradecía el espíritu del sistema económico que se trataba de implantar por la burguesía.

No entraremos en el comentario de las dos corrientes de economistas que teorizaban sobre las características del nuevo mercado: por un lado la francesa que estaba representada por teóricos como Bastiat y J. B. Say, que se les califica de optimistas, y por otro la inglesa de Maltus y Ricardo, corriente pesimista que influenciará más tarde a Marx.

Pero en lo que coinciden todos ellos es en la idea de que el mercado se equilibra por sí mismo, según el principio que elaboró Adam Smith de "laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même", y mediante el cual se relega al Estado al papel de árbitro.

Para Adam Smith, la libertad económica no es sólo un derecho fundamental del hombre, sino el sentido y el último fin de la vida social e incluso de todo orden divino del mundo. Su liberalismo económico no es un sistema racional: es la consecuencia de la visión del mundo. Para este autor, la libertad no es sólo un derecho natural, sino el camino social y económico que conduce a la felicidad de la humanidad (117).

Si el mercado según estos autores se autoequilibra, no es solamente innecesario que el Estado no intervenga, hay que impedir que intervenga para que pueda desarrollarse el principio de libre cambio de mercancías en el comercio y en la industria. De reconocerse el abuso de derecho, hubiese contradicho estos principios de la economía liberal.

En efecto, el abuso de derecho no puso ni siquiera imaginarse en los siglos XVII y XVIII porque contradice, los principios ideológicos y los intereses económicos que fundamentaron la revolución. El mantener que es posible abusar en el ejercicio de los derechos era en aquella época una posición contrarrevolucionaria.

A nivel político tampoco podía reconocerse el abuso porque hubiese atentado contra la función principal de las Declaraciones, es decir, la de ser el instrumento para limitar el poder político del Estado; y a mayor abundamiento porque no es posible su reconocimiento en los otros dos niveles.

Solamente cuando cambian las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales; cuando se reconocen los derechos sociales y económicos, cuando la burguesía detenta el poder político, cuando las Declaraciones se van positivizando, y como consecuencia de todo ello, cuando la función de los derechos fundamentales de servir de límite al poder político del Estado, ya no tiene la importancia que tuvo para la burguesía en el Estado liberal, mitades del siglo XIX; se toma conciencia de la necesidad de limitar el ejercicio de los derechos, y, por tanto, del abuso que puede producirse en el ejercicio de los mismos.

Más tarde los juristas adecuarán estas nuevas categorías a la técnica jurídica, puesto que el abuso cuando se formula jurídicamente es que ya existía (118).

En los siglos XVII y XVIII el único límite que se reconoce al Derecho, consecuente con el espíritu del liberalismo y la función de sus Declaraciones es el que viene impuesto por el derecho de los demás.

4. EVOLUCION DE LAS DECLARACIONES DE DERECHOS

#### 4.1 Caracteres generales de la evolución

Las modernas declaraciones de derechos están ligadas al movimiento constitucional, formando un conjunto orgánico, al contrario que los documentos antiguos que eran fraccionarios y particularistas.

La historia de las declaraciones, marca una evolución de lo particular a lo universal y, como afirma BISCARETII, ha evolucionado también el significado, "los enunciados de derechos y deberes, tuvieron un significado práctico y contingente en la historia constitucional inglesa, un sentido más filosófico y abstracto, en las constituciones norteamericana e francesa de los siglos XVIII - XIX, y tienden a adquirir carácter puramente normativo en las constituciones democráticas más recientes" (119).

En los siglos XVII - XVIII son todas ellas, en mayor o menor medida, abstractos, universalistas e inspiradas en principios yusnaturalistas.

En el siglo XIX, sufren una doble transformación, sus formas adquieren el carácter concreto de normas positivas, acompañadas muchas veces de las correspondientes garantías jurídicas.

El tránsito de unas a otras, se observa en la constitución mexicana de 1917 y Weimar, en la que no se eliminan aún los elementos retóricos, pero ya se plasman en ellas, verdaderas normas vinculatorias (120).

Ya en el presente siglo, los textos constitucionales, no miran sólo el control de la actividad del Estado, sino que intervienen en la regulación de la actividad social que el Estado desarrolla.

Otra de las características que se observa en las declaraciones de estos siglos, es que cada vez son más largas: La Declaración de Virginia tenía 16 artículos, la francesa de 1789, diecisiete; en 1919 la Constitución de Weimar, estaba formada por 57, la Declaración Italiana vigente está compuesta por 42, la cubana de 1940, de 84.

Otra característica la constituye la evolución de lo particular a lo universal. Esto ya se observa con el paso de la Declaración Inglesa a la norteamericana, culminando en la francesa y siguiendo en la actualidad con las declaraciones internacionales.

Se incluyen más materias, se desarrollan más detalladamente las que existian y se rodean de garantías.

#### 4.2 Las declaraciones de Derechos durante el siglo XIX

La Revolución Industrial se había consolidado. Los principios de libre concurrencia y el ejercicio del derecho de propiedad ilimitado hacía sentir sus consecuencias: condiciones de trabajo durísimas, concentración de la población en las grandes ciudades. La burguesía imponía sus reglas.

Paralelamente a este proceso de industrialización, surge un nuevo protagonista histórico, el proletariado, proletariado que tomó conciencia de la ineficacia de unas declaraciones de derechos individualistas, formales y políticas, empezando una lucha que continúa en nuestros días, en la búsqueda de fórmulas para realizar lo que ya se había declarado.

La lucha de esta nueva clase, que estaba representada por el movimiento socialista, centraba sus reivindicaciones en dos campos. El primero consistía en mejorar las condiciones inhumanas de vida a las que estaba reducida esta clase: junto al derecho a la libertad e igualdad real, aparecen el derecho al trabajo, a un salario justo, al descanso, a la educación, al retiro, etc. El segundo campo consistía en buscar los medios legales que les permitieran una participación efectiva en la vida política: ampliación del derecho de sufragio hasta llegar al universal, el reconocimiento de los derechos sindicales, etc.

Es decir, reivindicaban el reconocimiento y la garantía de los derechos sociales y económicos por parte del Estado. Estos derechos, seguían teniendo la misma función, limitar el poder del Estado, pero también tenían la finalidad de limitar el poder del capital.

En la Constitución de la República Francesa de agosto de 1795 ya se intenta corregir el extremado individualismo de la de 1789, sin conseguirlo. Como dice el profesor Pablo Lucas, "lo más que se logra son axiomas platónicos" (121). Pero la intensidad reivindicativa de las nuevas fuerzas sociales fue tal, que ya la Constitución Francesa de 1848, que fue promulgada



después de haber sido reprimida la sublevación obrera de junio; se contempló ya alguno de estos derechos: al trabajo, a la educación y se garantizó el sufragio universal y el escrutinio secreto (122).

El Artículo 1, del preámbulo, fija una serie de directrices para la República, entre ellas figura "asegurar un reparto cada vez más equitativo de las cargas y beneficios de la sociedad, aumentar el bienestar de cada uno, con la reducción gradual de los gastos públicos y de los impuestos y hacer llegar a los ciudadanos sin una nueva subversión, mediante la acción sucesiva y constante de las instituciones y de las leyes, a un grado cada vez más elevado de moralidad, ilustración y bienestar" (123).

El Artículo 4 reconoce como base de la República "la familia, el trabajo, la propiedad y el orden público".

El Artículo 8 obliga a la República a proteger al ciudadano "a su persona, familia, religión, propiedad, trabajo y debe poner al alcance de cada uno, la instrucción indispensable a todos los hombres, mediante una asistencia fraternal, asegurar la asistencia de los ciudadanos necesitados, ya procurándoles trabajo dentro de los límites de sus recursos, ya suministrándoles a falta de familia, auxilios a los que todavía no han alcanzado la edad para el trabajo".

En el Capítulo II, Artículo 13, se garantiza la libertad de trabajo y de industria, la igualdad de relaciones entre patronos y obreros, instituciones de previsión y crédito, instituciones agrícolas, asociaciones voluntarias, obras públicas a cargo del Estado, departamentos para afrontar el paro, así como la asistencia a niños abandonados, enfermos y ancianos sin recursos.

La evolución de los derechos fundamentales en el siglo XIX, tiene estos dos caracteres fundamentales:

- I) Se pone de manifiesto la insuficiencia de las Declaraciones individualistas del siglo XVIII, y surge las reivindicaciones sociales, económicas y culturales.

II) Existe una tendencia hacia la positivación de estos derechos como una garantía más para su realización. Los derechos fundamentales pasan de ser normas éticas, axiomas, a ser normas positivas.

El profesor Gregorio Peces-Barba, nos comenta: "la historia de los derechos fundamentales a partir del siglo XIX, es la historia de la positivación de estos valores, positivación que comienza en la Constitución Francesa de 1848" (124).

Como anota el profesor Biscaretti (125), en el siglo XIX, "la enunciación de derechos y deberes del ciudadano, sufrió una doble transformación: pasó al mismo texto de las Constituciones, imprimiendo a sus fórmulas, hasta entonces abstractas, el carácter concreto de normas positivas (si bien de contenido general y de principio) valederas para los ciudadanos particulares de los respectivos Estados, llamada subjetivación, y muy a menudo, se integró también con la intervención de otras normas encaminadas a actuar una completa y detallada regulación jurídica de sus puntos más delicados para tal fin, intervención del legislador ordinario (o sea su positivación)".

Pero es en el siglo ~~XIX~~ cuando estas tendencias se van a precisar más, positivizándose en las Constituciones europeas y norteamericanas.

Con el triunfo de la Revolución de Octubre en Rusia, se elabora una Constitución inspirada en la doctrina marxista-leninista y se expresa, como apunta el profesor Pablo Lucas Verdú (126) "en un lenguaje típico del Comunismo de guerra".

La Constitución de la República Federativa Soviética del 4 de enero de 1918 contiene una Declaración de Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado, que constituye la réplica a la Declaración francesa de 1789. En la Declaración de derechos de la U.R.S.S., los derechos sociales y económicos, están por encima de los individuales, controlándolos y limitándolos.

La característica anti-individualista de la Declaración Rusa, fue acentuando su rigor inicial, en las Constituciones de 1918 y de 1925. Analizando la Constitución de 1936, nos encontramos ya con un número de derechos esenciales de la persona; sin embargo, en todas estas Constituciones, el ejercicio de los derechos dejan de ser tales, si uno deja de ser trabajador.

Algo parecido ocurría realmente en las declaraciones individualistas del siglo XVIII, en éstas, la persona que no era propietaria, se veía apartada realmente, del ejercicio de los derechos.

Los derechos se ejercen según un límite declarado: el interés de la colectividad, los derechos, en este caso, no tienen una validez intrínseca, sino que su validez deriva de la voluntad del Estado (127).

El ejercicio de los derechos en la U.R.S.S. encuentran un límite impuesto por el propio poder político. Pueden ejercitarse estos derechos siempre que en su ejercicio no se lesionen los intereses más altos del Estado; el problema consiste en ¿quién dictamina que se ha lesionado un interés del Estado? Es el propio Estado quien lo decide, desvirtuándose así una de las finalidades de las declaraciones: servir de límites al poder político.

La evolución de las Declaraciones en Europa, tomó el camino de la conciliación, tratar de conciliar la dimensión individual y social de los derechos y es todavía hoy la tarea de los constitucionalistas y filósofos del derecho, positivistas.

Los positivistas, desde Bentham, hasta Jellinek, realizan una teoría conciliadora, nueva, en beneficio del Estado social de derecho (128).

#### 4.3 Las declaraciones de derechos durante el siglo XX

Este es el sentido de la evolución que experimentó el texto cumbre de la primera postguerra europea, la largamente imitada Constitución de Weimar (11 de agosto de 1919). En la Declaración reservada antes al individuo, penetran ahora los grupos, desde Asociaciones hasta Municipios, aparecen las garantías institucionales y contemplan la participación del gobierno, penetra en sectores de la vida económica e individual que antes eran indiferentes, proclama la igualdad de los dos sexos, los derechos de la maternidad y de la infancia, define derechos en los Patronos y Trabajadores, de los productores y consumidores. El Artículo 151, a propósito de la vida económica dice: "debe ser organizada en conformidad a los principios de justicia con el fin de garantizar a todos una existencia digna del hombre".

El Artículo 153 establece: "la propiedad implica obligaciones y su uso debe ser en el interés general".

El profesor Carlos Ollero (129) señala como novedades propias del movimiento que siguió a la Guerra de 1914 - 18, la mayor extensión, y también coincide en señalar la aparición de derechos sociales, la limitación del derecho de propiedad, y algo así como un condicionamiento de los mismos derechos individuales.

Las tendencias sociales de la Declaración parecen conducir a verdaderas y propias limitaciones, sino a todos, al menos a ciertos derechos esenciales y fundamentales; en este sentido, la propiedad es un ejemplo, en cuanto a la afirmación de que la función social engendra los límites de ella.

En el ejercicio de las libertades el individuo no es abandonado a sí mismo, las libertades encuentran límites debido a su coexistencia recíproca, y al mismo tiempo sufren limitaciones debidas a un verdadero y propio control público que el Estado asume (130). Por esta razón se prohíben por el Estado, el uso, en algunos casos, de bebidas alcohólicas, reglamenta la higiene social, etc.

La Constitución de Weimar, que sirvió de modelo a la española de 1931, se caracterizó también, por su tecnicismo. El profesor Pablo Lucas (131) mantiene: "que pretendió conciliar la herencia liberal y sus correspondientes de rechos y libertades, con las nuevas exigencias culturales, económicas y sociales que en forma de compromiso establecieron los grupos democristianos y socialdemócratas".

Así podemos resumir los caracteres de esta evolución de la siguiente forma:

- 1) Multiplicación de los derechos individuales y enriquecimiento de los mismos.
- 2) Introducción de la dimensión social.
- 3) La consiguiente limitación, para hacer posible su ejercicio.
- 4) La introducción de deberes.
- 5) La división de estos deberes para plasmar cuáles son del Estado y cuáles de la comunidad (132).

Estos caracteres de la evolución que empiezan a notarse al finalizar la 1ª Guerra europea, se consagran y surgen otras preocupaciones en la segunda Post-Guerra europea:

- 1) Inclusión de la propiedad en el Capítulo dedicado a la organización social y económica.
- 2) El derecho de igualdad se enlaza con la necesaria "participación" del Gobierno.
- 3) Se consagran garantías en lugar de meras declaraciones.
- 4) Se desarrolla la importancia de la cultura con la consiguiente posibilidad de poder llegar todos, a los mismos grados de enseñanza (133).

Todo ello se demuestra en los preámbulos de las Constituciones francesa, italiana, alemana y la del Brasil.

En lo que toca al mundo del trabajo ya no se trata de simples afirmaciones de principios, sino verdaderas leyes de bases, germen de una amplia política social.

En lo tocante a la propiedad, se afirman nuevos conceptos, se amplían las posibilidades de nacionalizaciones y se emplea una fuerte dosis de internacionalismo estatal.

Ya en nuestros días, las tendencias últimas, nos dice el profesor chileno, yusnaturalista, Mario CERDA MEDINA (134) "apuntan hacia el afianzamiento de los derechos individuales, extendiéndose hacia estados que no los habían consagrado de forma expresa y sistemática, hacia el establecimiento de limitaciones o restricciones de los derechos individuales clásicos en beneficio de la Comunidad, hacia la incorporación de nuevos derechos de índole económica y social y simultáneamente, hacia el reconocimiento internacional de los unos y los otros".

La dimensión social ha sustituido las ideas individualistas y liberales predominantes durante el siglo XVIII y gran parte del XIX. Ahora en la protección de los derechos, juega un importante papel el Estado. Este tiene la obligación de proporcionar trabajo, instrucción, asistencia, vivienda, etc., siendo los más importantes los de tipo laboral, la protección al trabajo y la seguridad económica.

El profesor Pablo LUCAS VERDU resume en 6 puntos las innovaciones que el constitucionalismo actual ha verificado en el campo de los derechos fundamentales (135).

I) Regulación del derecho de asilo.

II) Constitucionalización de los partidos políticos.

III) Reconocimiento del derecho de huelga.



IV) Constitucionalización de los sindicatos.

V) Reconocimiento de la objeción de conciencia.

VI) Fortificación del sistema democrático mediante la prohibición de partidos e ideologías que se oponen a él.

El elemento Universalista que se consagra en la Constitución francesa en 1789 y posteriores, no fue suficiente para evitar las 2 grandes guerras, ya que una vez más los hechos revelaron la ineficiencia de unas Declaraciones formales. Fue necesario la creación de nuevos organismos que garantizaran el respeto a los derechos declarados.

Las organizaciones internacionales y las correspondientes Declaraciones tienen este sentido.

Los derechos fundamentales, tienen, como tales derechos, una eficacia más allá de las fronteras del Estado que los declara, tienen una eficacia internacional. Para ello es necesaria su declaración por un organismo de este ámbito.

Los primeros logros en este orden de cosas, los tenemos en el Proyecto de Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre redactado por el Instituto de Derecho Internacional en 1928 - 29. Más tarde en la Carta Atlántica, escrita por Churchill y Roosevelt, el 14 de agosto de 1941. Ya finalizada la guerra mundial, la Carta de creación de las Naciones Unidas, aprobada en San Francisco, el 26 de junio de 1945.

Empieza a estructurarse un código moral que unifique a los estados, un código moral como ideología de un conjunto de estados, como finalidad, no ya de un Estado, sino de un conjunto de estados.

La Asamblea General de las Naciones Unidas reunida en París y de acuerdo con el Artículo 68 de la Carta, después de consultar, por intermedio de la UNESCO a pensadores de diversos países, aprobó y proclamó con fecha de 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. No

vamos a realizar una síntesis de las características de este texto, semejante a la que nos ofrece el profesor A. Verdross (136); ahora bien, la Declaración no concede a los individuos un derecho de acción o de petición, ante los órganos de la ONU, que asegure la realización efectiva de los derechos en cues-tión. La ONU sólo tiene, en principio, competencia para hacer recomendacio-nes, su valor es esencialmente moral, y podemos mantener el valor jurídico-po-sitivo de la Declaración de la ONU y el de la Declaración francesa de 1789, es semejante.

Para suplir esta falta de realización efectiva, la Asamblea decidió, que se articulasen dos convenios, adoptados por la Asamblea General el 16 de diciembre de 1966.

El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, siendo completa-do por un Protocolo facultativo. Sin embargo, los convenios se aprueban por los distintos Estados, pero después existen Estados que no los rectifican, y aún ratificándolos, quedan en letra muerta al quedar pendientes, en último término, de la mera voluntad. Es difícil vincular y obligar a que cumplan los Estados las Declaraciones Internacionales de Derechos, en este sentido su valor es escaso.

El valor radica, según Julio González Campos (137), "no tanto en la ac-ción de los gobiernos, sino en la acción de los particulares... si los dere-chos y libertades fundamentales del hombre se obtuvieron en una lucha frente al Estado Absoluto y en las batallas frente al poder, en la era de la socie-dad industrial, ¿acaso no será posible moralizar el poder estatal, por la ac-ción del hombre mediante un compromiso y responsabilidad, frente a cualquier negación de los derechos humanos hoy existentes?, las Naciones Unidas, han consagrado unos Principios, han creado una conciencia universal de un proble-ma del hombre y han establecido unas técnicas jurídicas de acción por encima de las deficiencias de estas técnicas, es la solidaridad responsable de todos, esta conciencia y estos principios, es gran factor de impulso hacia la acepta-ción y realización de los derechos humanos a escala universal".

No vamos tampoco a profundizar en el valor y significado que las declaraciones internacionales tienen, en lo que se ha llamado imperialismo ilustrado, como código de legitimación de las agresiones imperialistas. Las declaraciones internacionales tienen un valor como exponentes de una cultura que aglutinan a los pueblos para su defensa, promoción y garantía, pero tenemos que denunciar la instrumentalización que se hace por algunas naciones, de ellas, como código de legitimación de su política internacional, y también la imagen que fomentan algunas naciones como centro monopolizador y vanguardia en la defensa de estos principios.

#### 4.3.1 Caracteres de los derechos económicos, sociales y culturales

En esta breve síntesis de la evolución de las declaraciones de derechos, se observa la importancia que tuvo el reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, por ello creo conveniente precisar más el proceso y el significado del proceso que llevó a su pleno reconocimiento.

Dijimos anteriormente, que a lo largo del siglo XIX, el proletariado va adquiriendo protagonismo histórico a medida que avanza el proceso de industrialización, adquiere conciencia de clase y reivindica unos derechos económicos y sociales frente a los clásicos derechos individuales (138).

El Manifiesto Comunista de 1848 puede considerarse un hito fundamental en este proceso, y representa un aldabonazo anunciador del comienzo de una nueva etapa.

En el movimiento obrero existen dos grandes tendencias sobre el tema de los derechos fundamentales. La primera representada por Marx y Engels, que ponen de relieve el carácter abstracto, formal y clasista de aquellas declaraciones. La segunda, está representada por los partidarios de una participación en el aparato del Estado, corriente que propugnó la socialdemocracia alemana en la llamada Segunda Internacional.

Sin embargo ya antes, autores como Siéyès, en su proyecto de declaración de derechos y Baboeuf, afirmaban que el fin de la vida social no tiene sólo como objeto la protección de las libertades individuales, sino que debe hacer posible que todos los ciudadanos puedan disfrutar de los beneficios que la sociedad comporta (139).

En la Constitución francesa de 1793, aparecen, como he dicho anteriormente, en artículos como el 18 y 23, derechos de los ciudadanos a las prestaciones en materia de trabajo, asistencia e instrucción, que pueden considerarse el antecedente de lo que más tarde serían los derechos sociales. En este sentido, ya la Constitución de 1848 representa la proclamación de los principios en materia económica.

En el mismo año 1848, en la Revolución liberal alemana, el Parlamento de Frankfurt elaboró un amplio catálogo de derechos fundamentales, entre ellos figuraban también algunos derechos sociales como la reunión y asociación.

Las Constituciones de México (1917) y Weimar (1919), pueden considerarse los primeros intentos de Constituciones conciliadoras entre las posturas yusnaturalistas y las nuevas tendencias partidarias de una justicia social.

El reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales determinan un cambio en la actividad del Estado que progresivamente abandonará su postura abstencionalista y recabará como propia, una función social. Dicha función se traduce en una serie de disposiciones socio-económicas, que a partir de la Constitución de Weimar se consideran como derechos fundamentales.

El Estado social de derecho es la fórmula que se utiliza para conciliar, y de esta forma resolver, los conflictos de clase que existían en el Estado liberal. Conflictos que amenazarán, y en mayor medida después de la experiencia soviética de 1917, con la destrucción de las instituciones de la democracia burguesa (140).

En este sentido, el Estado social de Derecho funciona para consolidar y asegurar nuevamente los intereses de las clases poseedoras.

La burguesía no sólo es la clase que sale beneficiada de las revoluciones del siglo XVIII, sino que también es la que sale beneficiada de la crisis económica, social y política del siglo XX.

La gran burguesía aceptará a principios de nuestro siglo y ante la crisis que existía, una nueva fórmula de Estado, el Estado social de derechos, a pesar de que la fórmula Sozialer Rechtsstaat, fue acuñada en 1925 por el socialdemócrata Herman Heller; un nuevo modelo económico, el neocapitalismo y una nueva doctrina el positivismo, que dotará de un nuevo significado a los derechos fundamentales.

La nueva fórmula de Estado y el nuevo contenido de las declaraciones no recogían, sin embargo todas las aspiraciones que los movimientos socialistas, albergaron en su formulación, sólo parte de estas reivindicaciones como término conciliador para resolver el enfrentamiento y el conflicto entre las clases.

El Estado liberal ya no servía a principios del siglo XX, como instrumento para la defensa de los intereses de clase (141).

G. Gurvitch definió los derechos sociales como "Droits de participation des groupes et des individus découlant de leur intégration dans des ensembles et garantissant le caractère démocratique de ces derniers" (142).

En esta definición se advierte ya cual es el carácter de los derechos sociales que, como he mantenido, tienen una función conciliadora. Así pueden entenderse tales derechos, en sentido objetivo, como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado aparentemente lleva a cabo su función equilibradora y moderadora de las desigualdades sociales.

Se teoriza, constantemente, sobre la diferente naturaleza y fundamentación entre los derechos individuales y los sociales (143). Entiendo que los mismos derechos individuales que aparecen en las declaraciones del siglo XX, declaraciones de los Estados y no internacionales, no tienen un tratamiento por separado sino que forma un conjunto. Así del derecho a la libertad, que puede ser ejercido por un grupo o por una persona, va dirigido al grupo y a la persona; el derecho a la asistencia sanitaria, también tiene como objeto activo al individuo, persona individual o al grupo.

La naturaleza y el significado de los derechos fundamentales ha cambiado en la formulación de cada uno de ellos, porque ha cambiado la teoría o doctrina filosófica que las define, explica, y justifica porque ha cambiado la fórmula de Estado y por lo tanto el elemento jurídico-formal y porque ha cambiado el modelo económico sobre el que se levanta el Estado y la declaración.



¿Qué supone el movimiento de los derechos sociales? Primero, reconocimiento de las reivindicaciones cuantitativas de la clase trabajadora, y el reconocimiento también de las críticas que el movimiento socialista había hecho a las declaraciones del siglo XVIII (144).

La necesidad por parte de la burguesía de una fórmula conciliadora, que eliminara las tensiones, sin eliminar los principios esenciales para el desarrollo del mercado.

Fortalecer el Estado como aparato, para la defensa de estos intereses, el control interior y la defensa contra el bloque comunista, todo ello mediante la intervención, en la dirección política, económica y social de la nación.

Crear un Estado que representara las nuevas reglas necesarias para el desarrollo del mercado.

La burguesía no hizo solamente la revolución del siglo XVIII, también es la protagonista de los cambios de principios del siglo XX, creando una nueva forma del Estado, un nuevo modelo económico y una nueva doctrina de los derechos fundamentales, legitimadora de todo ello.

5. SIGNIFICADO DE LA EVOLUCION  
DE LAS DECLARACIONES DE DE-  
RECHOS

En los derechos fundamentales tienen que darse tres elementos (ideológico, técnico-jurídico y político-económico) que no se encuentran en ninguna de las declaraciones que han existido. Son fruto de la herencia, experiencia y análisis de la historia. Podemos mantener que son necesarias para poder hablar hoy de los derechos fundamentales, es decir, para elevar a un plano más alto, la realización de los derechos que en cada momento se declaran como fundamentales. Es necesario que los derechos fundamentales contemplen estos tres elementos, para poder perfeccionarlos, y hablar hoy de perfección, es hablar de realización.

El problema básico de los derechos fundamentales no consiste ahora en contestar a la pregunta de cuál es el origen, sino analizar, descubrir y transformar los condicionamientos, económicos, sociales y políticos que impiden una realización efectiva de los mismos.

En ninguna de las etapas de la evolución de estas declaraciones se ha construido una doctrina de los derechos fundamentales que contemplara estos elementos.

Las fases históricas (144) que hemos analizado anteriormente, dan un papel preponderante y a veces exclusivo a uno de ellos. Así, las declaraciones del siglo XVIII, basadas en el yusnaturalismo racionalista, el elemento que predomina es el ideológico, axiológico, o valorativo. En las declaraciones del siglo XIX y XX predomina como elemento constitutivo el técnico-jurídico (145), positivismo que con sus múltiples variantes, al igual que el yusnaturalismo, todavía hoy tiene una vigencia en algunos sectores doctrinales. Con ello, no pretendo mantener que no existan derechos fundamentales, si no se dan los tres elementos constitutivos necesarios. El existir no es tampoco una categoría absoluta, hay distintas formas de existir, o niveles de existencia. Los derechos fundamentales son y serán imperfectos, pero el nivel de imperfección puede ser mayor o menor y por lo tanto, ser más perfectos o más imperfectos. Las declaraciones de derechos existentes en la actualidad, son

formulaciones anticuadas y más imperfectas que las que podemos formular hoy partiendo del estudio histórico de la evolución de las mismas.

### 5.1 Presupuestos filosóficos

Después de estas breves consideraciones, analizaremos el significado filosófico, ideológico, axiológico o valorativo, que han tenido en cada una de sus etapas fundamentales.

Ya hemos visto como el Estado de Derecho, nació de la lucha de la burguesía liberal contra los abusos del Estado arbitrario de signo absolutista. Su objeto fue proteger al individuo frente a los abusos del Estado Absoluto (146).

Se pretendió conseguir esta finalidad mediante la declaración de una serie de derechos inviolables, por encima del Estado y formulándose el principio del imperio de la ley.

Estas libertades del Estado liberal, eran del signo individualista y en mayor o en menor medida siempre conservaron el carácter negativo, se concentraban en un no hacer por parte del Estado (147). Estos caracteres eran necesarios para conseguir esta finalidad, el elemento ideológico tenía que primar sobre los demás, para que sirviera como aglutinante del pueblo contra el Estado Absoluto, y también como destructor de la legitimidad monárquico-absolutista.

El yusnaturalismo fue la doctrina que teorizó este significado de los derechos fundamentales. Sin embargo, bajo el término yusnaturalismo, se han agrupado una serie de teorías heterogéneas y hasta contradictorias, de ahí nace la equivocidad del Derecho natural, ya que en cada época o ambiente, se hacía derivar una naturaleza y una función diferentes.

Hoy en día, se ha ampliado tanto el significado de Derecho natural, que este término engloba todas aquellas teorías que coinciden en afirmar la existencia de postulados de juricidad anteriores y justificadores del derecho positivo.

El positivismo (148) nació como reacción contra el yusnaturalismo, legitimó la involución conservadora que siguió a la Revolución Francesa, y sin embargo hoy las doctrinas del Derecho natural, con otros postulados, se utilizan para combatir el positivismo. Una tesis en este sentido, nos la recuerda el profesor Battaglia, "la afirmación de que existen algunos derechos esenciales del hombre en cuanto tal, en su calidad o esencia absolutamente humana, no se puede separar del reconocimiento previo y necesario de un Derecho natural; natural en cuanto distinto del positivo y a su vez preliminar y fundamental respecto a éste" (149).

La ambigüedad del término Derecho natural, permite que pueda cambiar de significado de acuerdo con las circunstancias y las tesis que tiene que combatir, por ello podemos llegar a mantener, que el Derecho natural es un concepto que se concreta en cada época de una forma diferente (150).

Para el yusnaturalismo, la positivación de los derechos se presenta como el reconocimiento formal por parte del Estado de unas exigencias jurídicas previas que se encarnan en normas positivas para mejor garantía de su protección.

El pensamiento de Maritain, sintetiza la actitud yusnaturalista. "La existencia de derechos naturalmente inherentes al ser humano, anteriores y superiores a la legislación escrita y a los acuerdos entre gobiernos, derechos que no le incumben a la sociedad civil el otorgar, sino el reconocer y sancionar" (151).

Este nivel de aceptación de los derechos naturales que se elabora a partir del positivismo y con referencia a éste, puede ser admitida no sólo por los yusnaturalistas, sino por todos aquellos que no sean positivistas, el mantener que el Derecho no es solamente la voluntad del Estado, no es patrimonio de estas tesis.

Lo que caracteriza a las tesis yusnaturalistas, es por un lado, la respuesta que dan en cada época a la pregunta sobre el origen de los derechos hu



manos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, nos puede servir de ejemplo, en su Artículo I, nos dice, "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos..." (152).

De forma análoga, puede interpretarse al Artículo 10-1 de la Constitución española de 1978, cuando declara que "la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social".

Por otro lado, se caracteriza por su universalidad e inmutabilidad. Estas dos notas son requisito para que en rigor pueda hablarse de Derecho natural. Como muy bien dice el profesor E. Díaz, "sabiendo de éstas, admitiendo la mutabilidad, entramos en la zona de otro tipo muy diferente de sistemas de legitimidad: aquel precisamente para el cual los valores aparecen fundamentalmente como producto del hombre en la historia y en la sociedad; no algo, por tanto, natural, sino histórico" (153).

Como hemos dicho, la involución conservadora que sigue a la Revolución Francesa supone el nacimiento del positivismo jurídico. Este pasó a considerar a los derechos fundamentales, como una concesión del Estado, realizada a través de su positivación y supuso como meta el logro de la seguridad jurídica (154).

Los positivistas, temerosos de que el yusnaturalismo racionalista, motor ideológico de la Revolución burguesa, supusiera un peligro constante, les llevó a la afirmación de que el fin del Estado era la defensa de la legalidad, como expresión de la seguridad jurídica, el Estado para éstos es la única fuente del derecho y los derechos fundamentales son el reflejo del ordenamiento jurídico.

Más adelante la lucha de clases desmitificó el principio de que la ley era expresión de la voluntad general, entrando en crisis el principio de legalidad. La lucha de la clase trabajadora logró ir imponiendo el concepto de

Justicia social, que ya entre las dos grandes guerras y mayormente a finales de la II, como consecuencia del cambio experimentado tanto a nivel económico como social y político, se fuerza al intervencionismo por parte del Estado en creciente número de actividades sociales. En los nuevos textos constitucionales se contemplan ya las reivindicaciones sociales de esta clase; los derechos sociales y económicos. El nacimiento del concepto de justicia social como finalidad del Estado y el intervencionismo estatal, llevan al reconocimiento constitucional y al perfeccionamiento en su formulación de los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales (155).

Los positivistas al igual que los partidarios de las tesis yusnaturalistas, ven en la nota sobre el origen del Derecho, el núcleo fundamental de su tesis, para éstos la juricidad se identifica como Derecho positivo. Exponentes de esta corriente son J. Bentham (156), J. Austin (157), también el autor alemán Bergboan (158). La tesis que mantienen, es que el único Derecho existente como tal, es el positivo.

Estas tesis positivistas lograron, en el siglo XIX y principios del nuestro, desacreditar la teoría de los Derechos humanos, y al decir de A. E. Pérez Luño: "tanto las tesis positivistas, como el descrédito de las tesis de los Derechos naturales, determinó el nacimiento de los derechos políticos subjetivos" (159).

Una vez se ha reconocido la personalidad jurídica del Estado, la tesis de los Derechos públicos subjetivos, se centran en la relación entre estos dos sujetos, el Estado tiene derechos y obligaciones para con los ciudadanos y los ciudadanos tienen derechos y obligaciones para con el Estado.

Así, el profesor Pablo Lucas Verdú, puntualizaba que "la teoría de los Derechos públicos subjetivos es fruto de la dogmática del Derecho público alemán de la época del Imperio Guillermino, caracterizada por cierto, "guietismo político" y por una consolidación de las instituciones políticas, fortificadas tras la victoria de Prusia sobre Francia y la consiguiente unidad alemana en torno a la monarquía prusiana a partir de 1870" (160).

Este planteamiento halló amplio eco en la doctrina de autores como C. F. von Gerber (161) y especialmente G. Jellinek. Según este autor, la pertenencia al Estado califica a cada ciudadano y se concreta en una serie de relaciones.

De estas relaciones surgen pretensiones jurídicas, que constituyen derechos públicos subjetivos, los cuales han ido afirmándose progresivamente en cuatro fases.

La primera, que se denomina "status subjectionis": los destinatarios de la norma emanada del poder público están en una actitud pasiva, no permitiendo el nacimiento de ningún derecho subjetivo.

La segunda es el "status libertatis": se reconoce un ámbito de autonomía, una esfera de no injerencia del poder en la actividad de los individuos. Conforta una situación negativa, apareciendo facultades del individuo, para lograr que el Estado se abstenga de intervenir en este ámbito de libertad. El "status civitatis" es, según Jellinek, donde aparecen auténticos derechos subjetivos. Se sitúan aquí todos los derechos que presuponen una actividad positiva del Estado.

La cuarta fue llamada por Jellinek "status activae civitatis": el ciudadano disfruta de derechos públicos, es decir, participa en la formulación de la voluntad del Estado, como miembro de la comunidad política.

Desde esta concepción teórica, la positivación es la que crea el Derecho, antes hay expectativas pero no derechos.

Esta concepción fue un mecanismo fundamental al servicio del funcionamiento del Rechtsstaat, del Estado burgués de derechos, creación a su vez de esa misma dogmática alemana del derecho público (162).

El tema del derecho subjetivo, es también enormemente polémico. Sin detenerse en el estudio y análisis de este problema, vemos que dentro de una misma corriente yusnaturalista, hay autores que califican a los derechos fun-

damentales como derechos subjetivos y hay autores que no. En este sentido, tenemos la opinión de Recasens Siches, que afirma con toda claridad, "la imposibilidad de que en la locución derechos del hombre, la palabra derechos pueda entenderse según la acepción que los derechos subjetivos tienen dentro de la teoría general del Derecho" (163). Por el contrario, el profesor Legaz Lacambra, opina que "el hombre tiene que ser persona para el Derecho y poseer derechos, para poder realizarse como personalidad ética. Son, pues, los derechos de la personalidad "derechos subjetivos" porque se trata de atributos que le corresponden por su misma naturaleza y están enraizados en su propia condición de ser humano" (164), continúa diciendo "... cuando en esta relación al sujeto le corresponden determinadas posibilidades de exigir eficazmente algo de otro, se le reconoce titular de un derecho público subjetivo. Por esto, se puede decir que la existencia de los derechos públicos subjetivos es esencial al Estado de Derecho" (165). León Duguit, rechazó por el contrario, el Derecho subjetivo, como residuo de la metafísica revolucionaria (166).

Desde otros presupuestos el profesor Pablo Lucas Verdú, comentando la tesis de Jellinek, añade que "aunque la esfera de los derechos públicos subjetivos, se ha visto reducida por el predominio del interés nacional y el crecimiento de la potestad discrecional, estas situaciones no pueden significar una derogación de la ley general" y continúa diciendo "en el concepto de derecho público subjetivo, entran los siguientes elementos: a) un ordenamiento jurídico garantizador, b) un interés individual (elemento material), c) una voluntad que, basada en una relación jurídica, apunta al Estado o a una persona de Derecho público" (167).

Por su parte, el profesor Peces-Barba, nos dice que a la altura de nuestro tiempo, parece posible completar el esquema un poco formalista e individualista de Jellinek sin ampliar su clasificación cuatripartita de los "status" del Derecho público. A través del "status activae civitatis" se pueden canalizar, afirma este autor, las aportaciones socialistas que tienen en el

marco del Derecho público a superar el dualismo liberal, poder-ciudadano, representantes-representados. La participación activa en el desarrollo de las libertades públicas puede llegar en muchos casos a la autogestión, a la integración de ciudadanos y poder en un solo cuerpo que sea el de los ciudadanos-poder. Eso no sería sino llevar a las últimas consecuencias este "status activae civitatis", que Jellinek concibió en otro momento más liberal y más individualista, y que hoy se puede integrar asumiendo la aportación socialista (168).

Para el profesor Gregorio Peces-Barba, cuando los derechos están reconocidos en un ordenamiento positivo, o al menos lo están parte de ellos, adoptan la forma de derechos subjetivos, "los derechos subjetivos en cuanto posibilidad individual de apropiación de lo establecido en una norma, para proteger un interés o para dar fuerza jurídica a la voluntad individual, son, la forma jurídica de los derechos fundamentales, situados por otra parte en el ámbito del Derecho público" (169).

Resumiendo, creo que hay que reconocer, que los derechos humanos cuando están positivizados, se convierten en derechos subjetivos, la positivación les da este carácter, de la misma forma que también se lo da a los demás derechos.

Sin embargo, los derechos fundamentales, no se crean con la sola positivación. El que sean derechos subjetivos es uno de los requisitos necesarios, esencial para poder hablar de derechos fundamentales en el Estado social de derecho, pero no el único. Estos derechos son conquistas históricas de la humanidad, y como conquistas históricas, irrenunciables, pero modificables y perfeccionables; cuando se habla de derechos fundamentales, se habla de Derechos históricos, y sólo estos derechos, que surgen de la historia, son a los que llamaron fundamentales. Por lo tanto el que sean estos derechos los que se positivicen, constituye otro de los requisitos esenciales y necesarios para poder hablar de auténticos derechos fundamentales.



Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero no todos los derechos subjetivos son fundamentales. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos especiales. Esta especialidad hace que no se les puedan aplicar automáticamente todas las teorías, figuras o instituciones de los derechos subjetivos privados, como veremos más adelante.

Los derechos fundamentales están por encima de los demás derechos subjetivos, prevalecen sobre los demás derechos subjetivos, y sobre ellos se levanta todo el ordenamiento jurídico positivo. Son los primeros derechos positivos, que vinculan y regulan la positivación de todos los demás, y sirven de elementos de interpretación.

En este sentido, nos dice el profesor G. Peces-Barba, "Con la denominación de derechos fundamentales queremos por una parte constatar el puesto que en el ordenamiento jurídico tienen estos derechos y libertades que a nivel de derechos subjetivos tienen la máxima consideración legal en el rango de las normas que los reconocen generalmente en el nivel superior de la jerarquía normativa", más adelante añade, "con lo cual el calificativo de derechos fundamentales quiere señalar también este carácter modélico o paradigmático, que ocupa en el máximo nivel del Ordenamiento jurídico, manifestación de la legitimidad legalizada" (170).

Son un tipo "sui generis" de derechos subjetivos, por lo que hemos dicho y en mejor medida por lo que respecta a los derechos sociales, económicos y culturales. En este sentido, hay autores que se resisten a reconocer la categoría de derechos subjetivos a esta clase de derechos fundamentales. Un ejemplo lo tenemos en la tesis del profesor Rossano (171).

Por el contrario, el profesor Gregorio Peces-Barba califica la tesis anterior de purista y liberal, afirmando que los derechos fundamentales que exigen una conducta positiva del Estado, como la libertad de asociación o la libertad de reunión y también los derechos económicos y culturales, si son suficientemente "concretos", son auténticos derechos subjetivos (172).



Sin embargo, hay que tener en cuenta los comentarios muy acertados que hace respecto a este tema el profesor Pablo Lucas Verdú: "Un problema particular se plantea cuando determinados Derechos fundamentales aparecen contenidos en normas constitucionales de carácter pragmático reenvían al legislador ordinario para que las concrete en un futuro más o menos próximo" (173). El problema se centra en el valor jurídico; así, por ejemplo en el Artículo 9.2 de la Constitución española de 1978, estatuye: "Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social". Artículo semejante a este es el 3.2 de la Constitución italiana, y otros semejantes de otras Constituciones demoliberales. El problema según el mismo autor, es grave tanto en el plano jurídico como en el político. En el plano jurídico, porque en el sector de Derechos económico-sociales, se dan enunciados en tiempo futuro que reenvían a leyes ordinarias, pudiendo tener estas normas un valor jurídico menor (174). En el plano político, por la dificultad de forzar su efectividad, al ser normas que para su realización es preciso una actividad en todos los órdenes, y toda actividad del Estado tiene que ir encaminada como finalidad a la realización de esta clase de normas.

Estas normas programáticas en un Estado social de derecho, poseen escaso valor jurídico, como continúa diciendo el profesor P. Lucas Verdú, son mera enunciación normativa. Por otra parte, tienen valor político, significan un compromiso que vincula a toda la orientación político-estatal, de dos formas. Las normas constitucionales programáticas que versan sobre Derechos humanos "se imponen al intérprete de la Constitución, de manera que si tales normas poseen valor socializante ha de interpretarse todo el texto constitucional en este sentido". Son un freno en la reforma de la Constitución, de suerte que aquella ha de hacerse, salvo pena de quebrantamiento constitucional, respetando su sentido (175).

Estas normas programáticas que positivizan Derechos fundamentales, no dejan de ser derechos subjetivos. El problema está en la garantía, en los medios de hacer efectivos estos derechos subjetivos, de impedir la demora o el incumplimiento parcial o total. Las garantías del Estado social de Derechos no son suficientes, en estos casos, ni tampoco es suficiente, aunque sí necesario, la positivación, todo ello debe darse en una fórmula de Estado que fuerce el ejercicio de la actividad requerida para su realización. La fórmula de Estado es el tercer elemento necesario para poder llamar a esta clase de Derechos, derechos fundamentales. Estos no pueden existir sino en un Estado de Derecho, y depende del perfeccionamiento de esta forma de Estado el que exista un perfeccionamiento de los derechos fundamentales, perfeccionamiento que se concreta en su mayor grado de realización.

El problema de los derechos económicos, sociales y culturales, se centra no en si son derechos subjetivos, que lo son, sino en su grado de "validez" jurídica, y este grado de validez viene determinado por la fórmula de Estado que los garantice.

Como ya dijimos, los derechos económicos y sociales, son conquistas del socialismo. El Estado social de derecho, Estado conciliador, los ha reconocido pero su fórmula de Estado no puede realizarlos, al no existir instrumentos jurídicos y políticos que permitan su realización.

Los derechos económicos y sociales, también los culturales como derechos originariamente socialistas, sólo podrán realizarse en una fórmula de Estado del mismo signo, es decir, en el Estado democrático de Derecho, al ser la que dispone de las Instituciones y garantías necesarias para que se dé en esta clase de derechos fundamentales el grado de validez necesario para su realización.

El Estado democrático de Derechos es el que realizará más plenamente y en mayor número los Derechos fundamentales (176).

Como hemos visto ni las tesis yusnaturalistas, ni las positivistas dan una fundamentación filosófica completa y satisfactoria de lo que son los de-

rechos fundamentales en la actualidad. Las tesis yusnaturalistas y positivistas han quedado desfasadas, y es necesario superar la eterna polémica entre yusnaturalismo-positivismo, por ser hoy una polémica inútil que no ayuda, sino que perjudica, a la fundamentación teórica de los derechos fundamentales en la actualidad (177). Como dice el profesor Peces-Barba, "la dificultad de delimitar el concepto de derechos del hombre se acrecienta además porque se sitúa en el campo de una polémica fundamental, que es la del yusnaturalismo-positivismo".

Con todas las variantes que se quiera, las tesis yusnaturalistas y las positivistas contestan a la pregunta fundamental que califica a estas teorías, diciendo la primera de ellas que los derechos del hombre son innatos, absolutos e inmutables, o bien según las nuevas tesis yusnaturalistas que mantienen que los Derechos fundamentales están basados en valores absolutos, innatos, universales e inmutables (178). La segunda de estas tesis mantiene, por el contrario, que los derechos nacen cuando se positivizan. Tanto el positivismo clásico de Bentham como la tesis de Jellinek, mantienen la posición, que se convierte en dogma de su teoría del carácter constitutivo que tiene la positivación del derecho.

El profesor Bobbio nos aclara lo que se entiende por yusnaturalismo, diciendo: "por yusnaturalismo entiendo aquella corriente que admite la distinción entre Derecho natural y derecho positivo y sostiene la primacía del primero sobre el segundo. Por "positivismo jurídico" entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, y afirma que no existe otro Derecho que el positivo" (179).

La problemática sobre la que se levantan estos dos campos teóricos, es el de intentar explicar el origen de los derechos, este es el problema que tratan de resolver, y una crítica a estas teorías no puede consistir en tratar de construir una nueva teoría que intente explicar de una forma diferente la pregunta sobre el origen.

El error de ambos no es de contenido sino de método. Estas dos hipótesis teóricas que son el positivismo y el yusnaturalismo, plantean el problema.

La fundamentación teórica de los derechos fundamentales no se realiza teorizando sobre su origen, sino investigando cómo pueden realizarse. El centrar la teoría de los derechos fundamentales sobre el origen es una forma de alejarnos del objeto de estudio.

Las dos concepciones teóricas señaladas son dos concepciones abstractas, dos ideologías que sirven para justificar, defender y asegurar las distintas formas de propiedad privada.

Puede extrañar el que califique de abstracción la tesis positivista que se formula como alternativa a la abstracción yusnaturalista, pero las dos constituyen dos formas distintas de abstracción. Cualquier doctrina, teoría o ideología que trate de responder a la pregunta, sobre el origen de algo, de una forma absoluta y ahistórica y por lo tanto dogmática, es una tesis abstracta. El positivismo, en sus diversas modalidades, no parte del concepto abstracto de persona, pero si del concepto abstracto de Estado.

Después de esta sencilla y breve crítica sobre el significado que se ha dado a los derechos humanos por las diversas doctrinas, conviene replantear el problema desde otra perspectiva metodológica.

En el origen de los derechos fundamentales, intervienen diversos elementos. Hace falta que exista el concepto de persona, hace falta que exista el Estado moderno, y consecuentemente, un mercado desarrollado. Con estos presupuestos surgen las primeras formulaciones de los derechos humanos, que se irán precisando, ampliando, perfeccionando en los siglos posteriores, como hemos expuesto anteriormente. Por todo ello podemos llegar a mantener que los derechos fundamentales son fruto de un proceso histórico. Suponen una conquista popular.

Pero lo que interesa hoy estudiar no es el origen, sino como pueden realizarse, y cuáles son las causas de su no realización.

Heredamos del Estado liberal la conciencia de que existen unos derechos fundamentales, heredamos del Estado social la conciencia de la necesidad de positivación de los mismos, y el socialismo añade que es necesario poner las condiciones objetivas y remover los obstáculos para su realización.

N. Bobbio centra el problema de los derechos fundamentales no tanto en justificarlos como en protegerlos (180).

Por todo ello es necesario el replanteamiento de la fundamentación teórica de los derechos fundamentales desde la teoría socialista.

Reconozcamos su origen liberal, pero reconozcamos también que lo que entendemos los socialistas por derechos fundamentales no tiene nada que ver, excepto por vinculación histórica, con las declaraciones liberales de derechos. El significado es distinto, su contenido también. Varían en la finalidad, unos tratan de limitar el poder del Estado, los otros tratan de participar, controlar y dirigir la utilización que se hace por parte del Estado de su poder. Los intereses que defiende no son los de la burguesía liberal sino los del pueblo; y el modelo político que les da validez es distinto.

Gregorio Peces-Barba propone un modelo dualista para explicar los derechos fundamentales. Definiendo este modelo dualista nos dice: "En este concepto dualista de los derechos fundamentales, es esencial tener en cuenta la realidad que acabamos de formular, porque no todo sistema de derecho positivo asimilará los valores de los derechos fundamentales. Solamente el paso del momento filosófico o axiológico al momento normativo, y por consiguiente, solamente la plenitud de un derecho fundamental se producirá, si el poder que fundamenta este sistema de Derecho positivo tiene la voluntad de positivizar ese valor (181).

Al tema de los Derechos fundamentales, cada día se le da más importancia, desde una perspectiva socialista, profesores como Kotarbinski, Novak, Szabo, Istran, Korals, Zoltan Petri, Kalmar Kulasar, Jozser Hulasz, Lajos Lorinej, Peter Schmidt y Hamna. Bukor, Bobbio, Perelman, E. Díaz, Gregorio Peces



Barba y el profesor Pablo Lucas Verdú, son representantes de ella, todos ellos ven en liberalismo el origen de su línea de pensamiento. Koracs dirá:

"... no fueron las libertades y los derechos fundamentales, quienes fueron atacados en el Manifiesto Comunista sino su construcción y desarrollo burgués" (182).

La fundamentación socialista de los derechos fundamentales, se basa en mantener, que en los derechos fundamentales intervienen varios elementos esenciales, el estudiar solamente la naturaleza de los Derechos fundamentales como uno de estos elementos es un estudio parcial.

Estos derechos suponen un conjunto de valores, pero no entendido en el sentido yusnaturalista, que los supone absolutos e inmutables, sino que son valores que se modifican y perfeccionan históricamente.

También tienen que ser, para poder hablar de derechos fundamentales, derechos subjetivos fundamentales dentro del sector público, concretándolos y precisándolos al máximo, para que aumente su validez jurídica. Así existe como esencial el requisito de la positivación, pero también la positivación de estos derechos tiene unos caracteres particulares. Estos derechos están normativamente en el vértice de la pirámide normativa del ordenamiento jurídico. Vinculan e influncian, como norma superior, al desarrollo de todo el ordenamiento. No en el sentido de Haim, magistrado del Tribunal Supremo israelí que entiende los derechos fundamentales como un supra-derecho, un moderno derecho natural (183), sino que los derechos fundamentales se positivizan en normas constitucionales, con ello se logran las características de la positivación, que antes he mencionado. Hablar de supra-derecho es volver al plano de la confusión.

Los derechos fundamentales legitiman eficazmente, siguiendo la terminología de E. Díaz, un determinado sistema económico, político y social, convirtiéndose, los valores que representan, en la finalidad del Estado.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos especiales y para ello es necesaria la positivación, concreción de los mismos como garantía para su realización.



En este concepto de derechos fundamentales se integran pues, como en todo concepto de derecho, tres perspectivas: axiológica, normativa, práctica.

Axiológicamente, son un conjunto de valores, valores conquistados y perfeccionados en su concreción y por lo tanto en su formulación, históricamente son valores modificables y perfeccionables.

Normativamente, son derechos subjetivos, positivizados en normas constitucionales, por lo tanto vinculantes para todo el ordenamiento; son elementos interpretativos, todo ello como requisitos para realizar los valores que contienen.

La tercera perspectiva es la práctica, como la llama el profesor Gregorio Paces-Barba, de la que trataremos más adelante, perspectiva que al igual que los derechos económicos, sociales y culturales, suponen aportaciones del socialismo.

Hay autores, que utilizan el término realismo para calificar a esta corriente doctrinal. Pero para evitar de nuevo el confusionismo, conviene precisar qué se entiende por realismo. Si por realismo se entiende que ciertas ideas son realizables, si se entiende que realismo es la conciencia de la posibilidad de realización de unos ideales, no es el término adecuado para calificar a la teoría socialista de los derechos fundamentales. Si por el contrario, realismo significa la voluntad de acción, el hallazgo de los instrumentos para la acción y en la acción (184), podría servir como concepto para calificar a esta corriente teórica, que sin dejar de dar importancia al elemento ideológico y al técnico-jurídico, basa su teoría en el estudio y modificación de las condiciones políticas, sociales y económicas que posibiliten una realización efectiva de los mismos.

La aportación original de la teoría socialista de los derechos fundamentales, a parte de la reconsideración global y bajo otros postulados de las aportaciones históricas, es el elemento práctico (185), la acción como elemento encaminado a transformar los condicionamientos que impiden una realización de los derechos declarados.

Se puede calificar a la teoría socialista de los derechos humanos de realista. La teoría realista, como acción para saltar de la utopía a la práctica, es una teoría más primitiva y más amplia que el marxismo. De realista podríamos calificar ya a Babeuf (186), realista en el sentido de que hasta tanto no se actúe revolucionariamente, el realismo de la revolución es la utopía del realismo (187). El elemento fundamental en el realismo es la práctica, como práctica era la pregunta que se hacía Babeuf en el Tribuna del pueblo, ¿cómo conseguir la democracia auténtica?

La teoría socialista de los derechos fundamentales, teoría que parte de del estudio simultáneo de los 3 elementos: valores, normas y fórmula de Estado, esenciales todos ellos para poder hablar hoy de derechos fundamentales, podía calificarse, en este sentido, de teoría realista (188).

## 5.2 Presupuestos políticos: del Estado Liberal al Estado Social de Derecho

El estudio del significado y alcance de los derechos fundamentales en el momento actual es imprescindible que se haga íntimamente ligado a la fórmula de Estado que los declara.

Los derechos fundamentales están tan ligados a la forma de Estado que les da vigencia, que un estudio por separado de cualquiera de estos dos objetos, nos conduce a conocimientos parciales.

Hasta tal punto es esto cierto, que uno de los requisitos para poder hablar de Estado de Derecho es la existencia, como finalidad, de una declaración de derechos fundamentales, positivizados en su norma fundamental. Por otro lado para que exista la posibilidad de garantizar estos derechos es necesario que se den en un Estado Democrático (189). En este sentido, nos dice el profesor Bobbio, "la teoría marxista del Estado, ha fijado su interés en los sujetos que detentan el poder (burguesía, proletariado), relegando a un segundo término, la consideración de las instituciones que delimitan la forma de ejercitarlo..." también en el Estado de Derecho existe un estrecho nexo entre fines y medios (190).

La finalidad de los movimientos revolucionarios del siglo XVIII; era principalmente como hemos visto, la de limitar el poder del Estado, la originalidad de estos movimientos, era la forma de limitar este poder, que se realizaba, declarando un ámbito de libertad del individuo en el cual el Estado, tenía que abstenerse de intervenir.

La abstención del Estado, en este ámbito de libertad era necesario para poder desarrollar y aplicar las normas esenciales para el funcionamiento del mercado capitalista.

Por ello podemos afirmar, que la característica fundamental del Estado liberal, es su abstencionismo en el ámbito de libertad reservado a la persona.

Esta limitación del poder, que se consigue con la abstención en un determinado ámbito; se logró mediante dos instrumentos complementarios.

El primero, la declaración de unos derechos de la persona por encima del Estado; con ello se conseguían varias finalidades:

- I) Legitimar al pueblo como el único soberano.
- II) Servir de ideología que aglutinará al pueblo en la lucha contra el Estado Absoluto.
- III) Precisar, dentro de lo que cabe en una declaración ideológica, el ámbito de libertad reservado a la persona.
- IV) Justificar el derecho de propiedad como sagrado e inviolable, al ser también declarado como derecho fundamental.
- V) Legitimar la nueva forma de Estado, como la más justa.

Para cumplir con estas finalidades que eran fundamentalmente ideológicas, las declaraciones tenían que ser, formales, abstractas (191) inmutables y universales; el yusnaturalismo racionalista, fue la teoría adecuada por esto. Fue la que justificó la Revolución burguesa.

Era necesario el basarse en criterios absolutos de justicia, para legitimar la nueva forma de Estado y para destruir los criterios de legitimación de la monarquía absolutista. Esto nos lo demuestra también que un país como Inglaterra, donde la forma política de la Revolución burguesa fue original da das sus condiciones diferentes; sin embargo, tuvo que introducir la justificación basada en categorías del yusnaturalismo racionalista en su Bill of Rights.

Otra característica de los derechos fundamentales que se declaran era su carácter ilimitado; si lo que se pretendía era la abstención del Estado en el ámbito de libertad reservado a la persona, el ejercicio de estos derechos declarados como esenciales de la personalidad tenían que tener un carácter ilimitado.

Las libertades del Estado liberal eran esencialmente de signo negativo, se concretaban en un no hacer por parte del Estado (191).

El segundo instrumento para conseguir la abstención del Estado en este ámbito de libertad de la persona, consistió en la construcción de una fórmula de Estado, que garantizase este abstencionismo que ya las declaraciones habían conseguido en el plano teórico, justificándolo como natural.

La fórmula del Estado Liberal, obedece a las mismas finalidades que las declaraciones, limitar el poder del Estado, declarando un ámbito de libertad, en el cual el Estado tenía que abstenerse de intervenir.

¿Qué características ha de reunir el Estado liberal para asegurar su abstención en el ámbito de libertad reservado al individuo?

Su característica fundamental es el modo de elaboración del Derecho y su forma de legitimación, que viene realizada por la voluntad general. El derecho en el Estado liberal, es legítimo si es expresión del pueblo. El Derecho que vincula y somete al Estado, que regula las instituciones y las relaciones entre estas instituciones, es fruto de la voluntad general, que se expresa en unas elecciones libres, y se concreta en el Parlamento. El Derecho, así, pasa de ser la voluntad del príncipe, a ser expresión de la voluntad general.

La abstención del Estado en el ámbito de libertad del individuo se consigue sometiendo el Estado al Derecho, siendo el principio de imperio de la ley uno de los caracteres esenciales del Estado de Derecho que en su aspecto más simple, es el modo de limitar y sujetar a los agentes del poder público al Derecho, era la más plena realización de la libertad e igualdad, eliminando la arbitrariedad, la inseguridad y el privilegio.

¿Cuál es la garantía técnico-jurídica, de esta fórmula? La garantía es la división de los poderes públicos que componen el Estado, por ello esta separación de poderes es también una exigencia ineludible del Estado de Derecho, como forma para evitar el que se acumule en una institución y por lo tanto en las personas que representan a éstas, todo el poder político.

El Estado Liberal de Derecho fue, sin embargo, tan formal como su declaración. Los intereses ilimitados de las clases poderosas, no permitían, dada la desigualdad que existía la realización de los derechos declarados, el interés de esta clase era limitar el poder del Estado (192), y con ello poder desarrollar el mercado, siendo el derecho de propiedad el fundamento de todos los demás derechos.

Una vez se consiguió el objetivo de la destrucción del Estado Absoluto, y de establecer una fórmula para mantener limitado el poder del Estado, siguió la involución conservadora que caracteriza a la Revolución burguesa. Los ideales revolcuionarios eran un peligro constante para las clases poseedoras ya asentadas en el poder y ello supuso el nacimiento del positivismo jurídico, nueva teoría explicativa de lo que son los derechos fundamentales. Esta doctrina, como ya hemos visto, pasó a considerar a los derechos fundamentales como una concesión que el Estado realizaba a través de su positivización, teoría que tenía como finalidad lograr más seguridad.

Lo que era Derecho ya no se podía decidir, como antes, por grupos al margen del Estado de Derecho, imponiéndole a éste su reconocimiento, sino que el Derecho y lo que era Derecho, venía impuesto por la voluntad popular.

Se impedía así legitimar cualquier fenómeno revolucionario con las categorías anteriores. El temor de que el yusnaturalismo-racionalista, motor ideológico de la Revolución burguesa, fuera un peligro constante, les llevó a la afirmación de que el fin del Estado era la defensa de la legalidad como expresión de la seguridad jurídica.

El desarrollo posterior de esta doctrina constituirá la teoría que legitimará la nueva fórmula de Estado de Derecho y también el significado de las declaraciones.

En el siglo XIX ya empezará a notarse que la fórmula de Estado liberal no servía para ordenar y defender los intereses del capital. Había quedado anticuada para ordenar la nueva realidad económica y social.



La aparición del movimiento obrero organizado en torno al socialismo desmitificó el principio de que la ley fuera realmente expresión de la voluntad general.

El movimiento de la clase trabajadora organizada suponía un peligro para la clase poseedora. Esta necesitaba de la intervención directa del Estado para la defensa de sus intereses.

La crítica teórica realizada por los socialistas a las Declaraciones individualistas del siglo XVIII (193), había reducido el aspecto formal la teoría general del Estado liberal de derecho. Por otra parte, durante el siglo XVIII se crearon las condiciones para el cambio de modelo económico. Había que abrir nuevos mercados y era necesario también para ello la protección directa del aparato del Estado, es decir, había que crear una nueva fórmula de Estado, que por un lado realizase las nuevas aspiraciones y nuevas necesidades del mercado desarrollado, y por otro fuese un instrumento eficaz para el control del movimiento obrero (194).

La lucha por el Estado de Derecho continuó tras la Segunda Guerra Mundial, consolidándose el llamado Estado social de Derecho.

La nueva fórmula tenía que ser conciliadora, reconociendo por un lado no las tesis, pero si algunas reivindicaciones del movimiento socialista, los derechos económicos, sociales y culturales y también la necesidad de su positivación.

De esta manera, se puede formar una idea sobre la diferencia que media entre el Estado liberal de Derecho y el Estado social.- Aplicando una distinción de Forsthoff, se puede afirmar, nos dice el profesor Pablo Lucas Verdú, "que el primero basa sus instituciones en la idea de limitación (Ausgrenzung), magnitud negativa, en tanto que el segundo se caracteriza por la dimensión positiva de la participación. El primero apunta a la libertad en cuanto límite, el segundo a la participación (Teimabe). Esta discriminación no es una descripción superficial que contrapone dos

vocablos distintos, puesto que cada uno de ellos está lleno de hondo significado: el de la libertad que califica al Estado liberal de Derecho, en cuanto garantía y límite, y el de la participación que da sentido al Estado social de Derecho" (195).

Las declaraciones que nacen en esta nueva fórmula de Estado, el Estado social de Derechos, son también conciliadoras, tratando de reconocer y armonizar las dos dimensiones de los derechos humanos, el individual y el social.

El intervencionismo estatal era inevitable, por un lado, para proteger, promover y desarrollar el mercado, con su nueva dimensión internacional, y la dirección interna característica del neocapitalismo por otro, para poder desarrollar las reivindicaciones económicas, sociales y culturales.

El nacimiento del concepto de justicia social y la necesidad del intervencionismo estatal, llevaron al reconocimiento constitucional y el perfeccionamiento en su formulación de los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales.

La función principal del Estado social de Derechos es la obtención del bienestar general (Welfare state) con las consiguientes medidas, presión fiscal que implica limitaciones e intervenciones en la propiedad privada, expropiaciones por razón de utilidad social, y planificación económica. En esta fase del Estado de derecho se acumula en el Estado, al poder político, poder económico. No entraremos a comentar el hecho de que como consecuencia de todo ello, el Estado se burocratiza y centraliza (196).

El Estado de bienestar general es una fórmula que permite aumentar la producción y, por tanto, el capital, al aumentar el consumo al unirse la clase trabajadora y, también, aumentar el control de esta clase mediante el consumo.

Una nueva forma de alienación es también el producto del Estado contradictorio como el social de Derecho. En este sentido, nos dice el profesor

Elias Díaz: "La alienación se hace más sutil y refinada, es además una alienación con consumo, pero en el fondo resulta casi tan intolerable como la explotación del capitalismo clásico" (197).

Comentando la característica fundamental del Estado social de Derechos, la intervención del Estado, no sólo en el plano económico, sino en el social, nos dice el profesor Pablo Lucas Verdú: "Pocos a estas alturas se atreven a negar la necesidad del intervencionismo del Estado en la economía nacional. En esta afirmación coinciden socialistas de diversos matices, neoliberales del "tercer camino", comunistas, partidos demócrata-cristianos, movimientos del partido único. Solamente se discute el "grado" y el "modo" de intervención"(198).

Fundamentalmente el Estado social de Derecho es conciliador, asume el principio de justicia social que se concreta en la fórmula de "bienestar general", y proclama como una de sus finalidades la libertad heredada del Estado liberal de Derecho (199). Como muy bien dice el profesor Pablo Lucas Verdú en su excelente libro "La lucha por el Estado de Derecho": "vistas las cosas desde la distinta perspectiva histórica que corresponde respectivamente al Estado de Derecho, en cuanto fruto del liberalismo político, ya la planificación, resultado de las técnicas político-económicas de la sociedad masificada, la conciliación de ambos supuestos parece difícil" (200).

La conciliación que pretende la fórmula del Estado social de Derecho es contradictoria. Por un lado es necesaria la planificación como medio para conseguir el bienestar general. Planificación que según Bárbara Wooton es "la elección consciente y deliberada de prioridades económicas, por alguna autoridad pública" (201). Planificación que conlleva el consiguiente aumento de la "coerción" y por otro lado, libertad como principio del Estado de Derecho. A mayor coerción menor libertad y a mayor libertad menor eficacia en la planificación y disminución, por consiguiente, del bienestar social.

Esta es una de las contradicciones del Estado neocapitalista, su fórmula no puede conciliar libertad y bienestar.

La sociedad del Estado neocapitalista también ha cambiado. El profesor Pablo Lucas Verdú en el texto que no nos cansaremos de citar, mantiene que "el Estado social de Derechos se caracteriza porque está montado sobre una sociedad pluralista, en la cual los diferentes grupos sociales realizan funciones estimables... Esto significa la desaparición del individuo típico del Estado liberal y su sustitución por grupos en los cuales se mueven, actúan y operan los individuos". El Estado social de Derechos se caracteriza por ser una democracia pluralista (202).

El Estado social de Derechos como fórmula conciliadora está produciendo una crisis de libertad. El profesor Pablo Lucas Verdú comenta en el mismo texto: "Supremacía de la Ley, Estado de Derecho, seguridad jurídica, garantías jurídicas, igualdad ante la ley, principio de legalidad..., todas son bellas palabras, ecos de un recuerdo lejano, si se comparan en la actualidad, con el desprecio de la ley, el desorden jurídico, la retroactividad de la ley, los tribunales de excepción" (203).

Continúa diciendo más adelante: "la crisis de libertad afecta a toda Europa en diversa, pero inquietante medida" (204).

Conciliar los derechos individuales y los sociales parece imposible en un Estado social de Derecho. Esta fórmula de Estado con la positivación de los derechos individuales no logra la realización de los valores que intenta plasmar la norma, el Estado social prescinde de la intención y finalidad de la letra de la ley; las declaraciones de Derechos en el Estado social de Derecho no disponen del elemento filosófico, axiológico o valorativo, éste no tiene ningún valor real. "Otros instrumentalizan su derecho, el establecido, interpretándolo, aplicándolo y si es menester modificándolo, de modo increíblemente reaccionario, ignorando las transformaciones socio-económicas, aunque se conozcan, frenándolas. Así este derecho adquiere una connotación odiosa,

máxime cuando se ponen a su disposición todos los instrumentos represivos con que cuenta el Estado actual: fuerzas armadas, policía, medios de comunicación de masas controlados, educación vigilada y al servicio de la clase dominante, sistema fiscal y redistribución de la renta nacional, impuestos".

Mientras aquellos francamente denuncian el derecho establecido y luchan contra y fuera de él, éstos últimos operan formalmente dentro de él, pero lo violentan, tergiversan, niegan su posible y deseable interpretación evolutiva que, en algún modo pudiera integrar los nuevos requerimientos socio-económicos (205).

En cuanto a los derechos sociales no basta con declararlos y positivizarlos, sino que tienen que estudiarse desde el punto de vista de la eficacia.

"Habrá que comprobar, nos dice el profesor Pablo Lucas Verdú, si las estructuras jurídicas, económicas y sociales hacen viables tales derechos" (206). Parece ser que el Estado social de Derechos es la meta que pretende alcanzar la democracia en su esfuerzo de presentarse como veste jurídica, en su intento de legalizar las situaciones correspondientes a la sociedad neocapitalista. Pero, continúa diciendo el profesor Pablo Lucas Verdú: el Estado social de Derecho no es una nueva fase en la transformación del Estado, porque se trata de un momento crítico y no por lo que tiene de una contraposición más superadora respecto al Estado liberal de Derecho, sino más bien, por que parece anunciar nada menos que la lenta desaparición del Estado en cuanto estructura exclusiva de la convivencia occidental. Dicho en otros términos, parece ser que tal estructura manifiesta con suficiente evidencia, el paso a formas más amplias de integración en la medida que las metas económico-sociales que se propone, no pueden conseguirse dentro de, y desde la estructura es tatal (207).

Después de la crítica que hemos realizado al Estado social de Derecho, fórmula en la que se manifiestan contradicciones que ella no puede resolver, contradicciones que atentan a la esencia de lo que llamamos Estado de Derecho,



es decir, a que se pueda dar en ella la libertad e igualdad, sin entrar en la polémica de si el Estado social es un auténtico Estado de Derecho (208), conviene sin embargo aclarar que la fórmula de Estado de Derecho se ha realizado de diversas formas en el proceso histórico. Como hemos visto, cada una responde a las condiciones económicas, sociales, políticas e históricas que ha de regular y ordenar. Nadie puede afirmar que el Estado liberal no fue un Estado de Derecho, pues tuvo la estructura de Estado de Derecho que correspondía a los descubrimientos técnicos y doctrina jurídica de la época. Pero de la misma forma que esto es evidente, también lo es, el que hoy un Estado que tenga la estructura del Estado liberal de Derecho no le podremos llamar Estado de Derecho.

La fórmula de Estado de Derecho está sujeta a un proceso de perfeccionamiento y de cambio, de cambio para adecuarse a la nueva realidad a la que ha de ordenar, de perfeccionamiento en cuanto que cada vez la fórmula tiene que ir introduciendo las modificaciones que, fruto del estudio de sus antecedentes históricos, plasman las nuevas doctrinas.

"Conviene no olvidar que la democracia es un proceso y que las exigencias de ese proceso no son invariables en el tiempo, sino que aumentan progresivamente con él, configurándose aquella entonces como democracia progresiva" (209). Así el concepto de Derecho ha variado y se ha perfeccionado en sus postulados para mayor realización de los fines.

El Derecho hoy y en el Estado liberal no es lo mismo. Por ello un Estado que se mueva con las categorías jurídicas del siglo XVIII es un Estado anticuado e imperfecto, dado que existen antecedentes de fórmulas de Estados de Derecho más perfectos, y cuando se dice que un Estado de Derecho es más perfecto se quiere decir que realiza en mayor medida los derechos que declara, su finalidad.

La idea de perfeccionamiento es intrínseca al Estado de Derecho.

Cada fórmula de Estado de Derecho más perfecta anula la anterior, porque si mantenemos que el Estado de Derecho, en comparación con los que existen, es



la mejor y más justa estructura de Estado, la manifestación más perfecta de esta fórmula será el auténtico Estado de Derecho.

El Estado de Derecho como fórmula de organizar institucionalmente al Estado se justifica como la mejor en comparación con las demás porque es la más justa realmente. Cuando existe una fórmula nueva de Estado de Derecho más perfecta y por lo tanto más justa, se convierte en la "fórmula de Estado de Derecho".

Aplicando estos criterios al Estado social de Derecho podemos mantener que perfecciona la fórmula del Estado liberal, introduciendo el concepto de justicia social. Se puede mantener que es un Estado de Derecho, pero sus contradicciones que ya se han manifestado, pueden conducirnos a un Estado no de Derecho, si no cambiamos esta estructura de Estado por otra que pueda eliminar las deficiencias manifiestas de ésta.

El Estado social es un Estado anticuado, su fórmula es perfeccionable; si se mantiene, puede llegar a un deterioro total de los requisitos del Estado de Derecho.

El Estado social de Derecho empieza a dejar de ser Estado de Derecho.

El Estado de Derecho es una fórmula dinámica, cambiante y perfectible. Si eliminamos estas características eliminamos el Estado de Derecho. El Estado de Derecho no es una categoría absoluta sino práctica.

"Una elemental regla de interpretación histórica exige que juzguemos las transformaciones del Estado de Derecho con objetividad, de modo que no hay que olvidar nunca el progreso que cada una de sus concesiones supone respecto a la estructura anterior, lo cual no significa que se ignoren sus deficiencias, sobre todo si se tiene presente que tales defectos se agudizan cuando cada estructura ha alcanzado la cúspide de su configuración y entonces se inicia su decadencia" (210).

6. ESTADO DEMOCRATICO DE DERECHO

"Por otra parte, así como en los países capitalistas los derechos individuales están condicionados por el poder de los grupos de presión, en los países socialistas los derechos individuales están subordinados a las necesidades colectivas, que son en muchos casos, necesidades revolucionarias".

E. Tierno Galván

La Democracia en los países socialistas.

Cuadernos para el Diálogo. Extra XII.

Madrid, 1968, pág. 52.

La crítica a la fórmula del Estado social de Derecho nos ha revelado que las Declaraciones positivizadas en sus Constituciones no han dejado de ser formas de legitimar el Estado, pero no ha conseguido la realización de sus postulados.

Nos ha revelado también que no existe voluntad por parte del poder de realizarla, y que tampoco existen instrumentos eficaces para obligar su realización.

La validez jurídica de las Declaraciones de derechos en el Estado social de Derecho es escasa (211).

En el Estado social sigue imperando sólo la forma, en realidad existe el desprecio a la ley, el desorden jurídico y la corrupción. La libertad sigue siendo una bella palabra.

Ni siquiera esta fórmula de Estado ha logrado sus dos principales finalidades: la seguridad y el bienestar; las crisis económicas continúan, el paro sigue existiendo, la inseguridad jurídica se extiende, y el aparato del Estado no tiene medios para combatirlo.

En el fondo sigue latiendo la causa de la desigualdad, de la falta de libertad real y por lo tanto de la inseguridad, el sistema de relaciones de producción: éste es el que configura las formas de organización social y política (212).

"El poder económico continúa siendo el privilegio de la oligarquía que se trasmite por vía hereditaria o por cooptación" (213).

El Estado social de Derecho, mediante la incorporación de los derechos sociales, económicos y culturales, disminuyó las injusticias que creaba la explotación, perfeccionó el Estado liberal. Pero hoy no podemos analizarlo con los ojos del liberalismo, sino con los nuestros, con ellos vemos, sin voluntarismos, que es un sistema perfectible, y al serlo, si no se perfecciona, se transforma en injusto.

Pero ningún sistema realiza cambios cualitativos, como el que se necesita, mediante una evolución emprendida por los poseedores del poder político y económico, sino por la lucha de los partidarios del cambio contra los poseedores del poder, lucha bajo la regla que impone el sistema democrático.

"El Estado de Derecho - escribe el profesor Pablo Lucas Verdú - en cualquiera de sus especies: Estado liberal de Derecho, Estado social de Derecho, Estado democrático de Derecho, es una conquista.

Quiero decir que cada uno de ellos se ha establecido, o intentado establecerse, luchando contra estructuras del poder contrarias, a saber: Estado liberal de Derecho frente al Antiguo Régimen; Estado social de Derecho contra el individualismo y abstencionismo del Estado liberal; Estado democrático de Derecho que forcejea con las estructuras socio-políticas del anterior: supervivencia individuales, neocapitalismo opresor, sistema establecido privilegiado" (214).

La "acción", la práctica, son elementos esenciales de esta nueva estructura de Estado, tanto para establecerlo como para consolidarlo.

"El Derecho, escribió Ihering, necesita el concurso de la fuerza efectiva. Lo necesita para su realización concreta; cuando faltan más instituciones protectoras, el interesado debe combatir con sus propias fuerzas ( legítima defensa, casos autorizados de justicia privada, guerra). Lo necesita para su "formación" abstracta; el Derecho no se reconoce como la verdad, se establece por "la lucha de intereses"; no por la virtud de razonamiento y deducciones, sino por la acción y energía de la voluntad general. Con el tiempo la fuerza efectiva puede revestir más cada vez formas que armonicen con el orden jurídico; pero aún en el Estado de Derecho pueden presentarse circunstancias en que la fuerza se niegue a obedecer al Derecho. Obra entonces como fuerza desnuda, ya del poder político (golpe de Estado), ya del pueblo (revoluciones) y realiza la misma obra que al comenzar a formar las sociedades: dicta el Derecho" (215).

Tenemos que precisar ya, cuál es esta estructura de Estado que nos permitirá realizar en mayor medida los derechos fundamentales. Y será aquella fórmula que logre imponer, no sólo la democracia política, sino la social y económica. No puede existir democracia real, sin unas nuevas relaciones de producción basadas en la democracia política, social y económica.

Toda fórmula estatal se contagia en parte de la precedente y sobre todo de los contemporáneos con quien contendió. Así, son notorias las manifestaciones represivas en el Estado social de Derecho, producto del contagio sufrido en su disputa y enfrentamiento con el totalitarismo nazi-fascista (216). Un ejemplo lo tenemos en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn, que en la práctica puede llevar a desvirtuar el ejercicio de los Derechos fundamentales, y que ya sea por contagio o por prevenir que no puedan repetirse fenómenos de aquella naturaleza, lo cierto es que desvirtúa el fin del Estado de Derecho: la protección y realización de los Derechos fundamentales.

El Estado democrático de Derecho asume las características generales del Estado de Derecho que como categoría dinámica ha adquirido en su proceso:

- I) Imperio de la ley. Ley elaborada por los órganos legislativos del Estado como expresión de la voluntad popular.
- II) División de poderes: legislativo, ejecutivo, y judicial, como garantía para evitar la acumulación de poder.
- III) Legalidad de la administración, legalidad controlada mediante una serie de recursos y con intervención judicial, como fórmula para volver a someter a la administración a la ley.
- IV) Declaración, positivación y realización de los Derechos fundamentales como finalidad del Estado de Derecho.
- V) Concreción del ámbito de validez de las normas mediante un sistema jerárquico.



VI) Control de la constitucionalidad de las leyes, es decir control del poder legislativo para someterlo, en el ejercicio de la potestad legislativa, a la administración (217).

Sin embargo, cada uno de estos requisitos adquiere un nuevo significado en el Estado socialista, no solamente por su mayor precisión y concreción, si no por la formulación de nuevas garantías; y lo que es más importante, por la eliminación de los obstáculos que impedían en el Estado social de Derecho la realización de sus declaraciones, es decir la desigualdad.

La democracia económica y social se hace posible mediante la instrumentalización de la participación real de todos los hombres en el mecanismo de control de las decisiones. La real partición de los mismos en los rensimientos de la producción (218), y la regulación bajo criterios socialistas de la propiedad privada, es decir una modificación de las relaciones de producción.

Con ello se consigue una mayor igualdad necesaria para que exista mayor libertad y sea segura la mayor realización de los derechos que se declaran como fundamentales.

El Estado democrático aparece entonces como superador real del Estado social, Estado democrático como conjunción entre democracia y socialismo, como fórmula para dar cumplimiento real a los derechos y libertades fundamentales, constituyendo de este modo la base para el entendimiento y transformación real e ideológica de la sociedad actual (219).

"Entonces hay que luchar por el Estado democrático de Derecho que parece plantearse la nueva problemática de la juridicidad estatal. Entonces la lucha por el Derecho es válida y útil, y dadas las condiciones precedentes y su aceptación, esta lucha es dentro del Derecho; las diversas fuerzas contrapuestas se juridifican, se civilizan porque impulsan, sostienen y modulan un Estado democrático de Derecho" (220). Lo importante nos dice Bobbio: "es que se empieza a concebir el Derecho no ya como fenómeno burgués, sino como un conjunto de normas técnicas que pue-

den ser empleadas tanto por burgueses como por proletarios, para conseguir ciertos fines que en cuanto hombres sociales son comunes a los unos y a los otros" (221).

El Derecho si se entiende como instrumento de dominación de una clase sobre otra, en cuanto que el Derecho sea esto, no tiene sentido, en una sociedad socialista; sin embargo en cuanto sistema normativo de la organización y control social, permanecerá (22).

El nacimiento del concepto de Justicia social y la necesidad del intervencionismo estatal, llevaron al reconocimiento constitucional y al perfeccionamiento en su formulación de los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Sin embargo, tampoco esta nueva fórmula de Estado de Derecho ha logrado realizar los derechos que contemplan las Declaraciones. Esto ha conducido al demokratischer Rechtsstaat, propugnado en Alemania por Baumin, Albendroth y Jahreis (223).

Todo ello, prueba una vez más, la interdependencia que existe entre los tres niveles, político, económico y cultural, es decir entre la fórmula política del Estado de Derecho, la formulación de los derechos fundamentales y el desarrollo económico.

Todo cambio en la fórmula de Estado de Derecho se traduce en un cambio cualitativo, tanto en el alcance como en la profundidad, en la cantidad y por lo tanto en el significado de los derechos fundamentales, y todo perfeccionamiento en la formulación de los derechos fundamentales exige para su puesta en práctica el perfeccionamiento de la fórmula del Estado de Derecho (224).

Y estos dos niveles se desarrollan de acuerdo con las necesidades económicas del momento.

Hay que reconocer sin embargo que en cada una de las etapas que han existido en la evolución de los derechos fundamentales, se ha dado más importancia a unos elementos que a otros.

En el Estado liberal las libertades y el ejercicio de éstas eran absolutas e ilimitadas, había que limitar el poder del Estado y ésta era la principal finalidad, había que evitar el autoritarismo. En la fórmula del Estado de Derecho influenciada por el positivismo, el elemento que prevalece es el técnico-formal, elemento que da seguridad.

En el Estado democrático de Derecho ya interviene el tercer elemento: la Justicia económica, y las declaraciones de derechos fundamentales se hacen en función de estos tres elementos, contemplándolos y regulándolos, posibilitando con ello una más plena realización, evitando el autoritarismo, sin que disminuya la seguridad y se establezca la Justicia socio-económica.

Las declaraciones son un producto histórico en el que resulta tan erróneo ignorar las relaciones entre los diversos instrumentos de positivación de la época, como lo es prescindir del sustrato ideológico que propició el clima en que se gestaron (225).

Por tanto, el Estado democrático de Derecho es la fórmula de Estado del socialismo democrático; como dice Ignacio Sotelo, "socialismo y democracia forman una unidad indisoluble: no hay democracia real sin socialismo, pero tampoco socialismo que merezca este nombre, sin democracia. Si el socialismo no es más que la realización plena de la democracia en las distintas esferas de la vida económica, política y social, no hay otra forma de llegar al socialismo que luchando por la democracia, que ampliando la base democrática en las diferentes esferas de la vida social. No hay socialismo sin democracia y sólo por la democracia se puede llegar al socialismo" (226). Pero también según Wolfgang Abendroth, no existe auténtica democracia si no es en el socialismo (227).

La única alternativa real, eficaz y válida para llegar al socialismo es mediante el Estado democrático de Derecho.

La experiencia nos ha demostrado que las otras alternativas que se han dado en la historia han sido autoritarias.

Una interpretación rígida y dogmática de la doctrina marxista, que podríamos llamar voluntarista (228), mantiene que la fórmula para llegar al socialismo es la desaparición progresiva del Derecho y del Estado; el Derecho y el Estado, son el instrumento de dominación, eliminado este instrumento se elimina la explotación, pero ¿cómo podemos eliminar progresivamente el Derecho y el Estado? No vamos a profundizar en las diversas tesis y posiciones que han existido al respecto, sólo mencionaremos las que tienen una realidad práctica al ser la ideología o filosofía oficial de un Estado concreto (229).

El voluntarismo representado por la U.R.S.S., mantiene que es necesaria la conquista del poder político por la clase trabajadora, como etapa provisio-nal y necesaria; la clase trabajadora será de esta forma la conductora de la revolución que nos llevará a la desaparición del Estado. La etapa provisio-nal es necesaria para crear las condiciones objetivas que nos puedan llevar a la desaparición del Estado y forzosamente tiene que ser autoritaria esta etapa, para evitar los peligros de contrarrevolución por parte de los intereses reaccionarios. Lógica no les falta a los voluntaristas, pero la experiencia nos demuestra que la etapa provisional, que éstos teorizan como necesaria, no se supera, y lo que es más importante, no hay indicios fiables de que se vaya a superar, la etapa provisional se ha convertido en la práctica en perpetua.

Los regímenes comunistas actuales son regímenes autoritarios, en una utopía que los legitima como necesarios, utopía basada en la interpretación mecanicista de los textos marxistas, y su aplicación voluntarista.

La dictadura del proletariado, como método para alcanzar una sociedad socialista, vemos que es errónea, pues no sólo no sirve para eliminar el Dere-cho y el Estado, instrumentos de dominación de clase, sino que al contrario, ~~los~~ desarrolla y fortalece en mayor medida al Estado-aparato.

Por otro lado, la alternativa para corregir y transformar las deficiencias del Estado liberal y realizar los derechos fundamentales no fue el Estado fascista (230), que continuaba siendo capitalismo, que nació no para supe-



rar el liberalismo, sino para oponerse al socialismo, y que su finalidad no fue la defensa de los derechos fundamentales, sino su oposición y destrucción.

El fascismo eleva al plano absoluto la separación entre lo formal y lo real, entre ideología y práctica; realmente fue un Estado totalitario conocido históricamente por la matanza de millones de personas y el causante y protagonista de una guerra mundial.

El fascismo fue un instrumento del capital para asegurar sus intereses, intereses que peligraban en el Estado liberal. Fue la forma de Estado que apoyó determinada clase burguesa para suplir las deficiencias del sistema liberal y asegurar la defensa de sus intereses. "Esto es fundamentalmente el fascismo: capitalismo organizado totalitariamente" (231).

El socialismo democrático, por tanto, es la única alternativa democrática al Estado social de Derecho y la única forma de poder llegar a la Justicia económica y social. Pero al mismo tiempo, es la única fórmula que puede evitar, profundizando y realizando la democracia, la vuelta a las experiencias autoritarias, sean de izquierdas o de derechas, autoritarismo que tiene su caldo de cultivo en los momentos de crisis (232).

La diferencia entre los límites en un Estado social de Derecho y los límites en un Estado democrático de Derecho, reside no en que existan límites en cada una de estas fórmulas, sino en la forma y naturaleza de éstos.

Mientras el Estado social parte de la creencia de que los usos abusivos tienen que evitarse mediante el aumento del poder político del Estado y así controlar las reacciones basadas en estos derechos, el socialismo democrático mantiene que las causas fundamentales del abuso residen en las desigualdades sociales fruto de las condiciones económicas, políticas y sociales, y que una política eficaz encaminada a evitarlos no puede consistir en fortalecer el poder del Estado contradiciendo con ello las funciones de las declaraciones de derechos, sino en transformaciones económicas, políticas y sociales, que mediante la participación de los ciudadanos en los centros de poder, profundice

en el sistema democrático, eliminando los obstáculos que hoy dificultan la realización de los derechos.

Por tanto, los límites en el Estado democrático de Derecho, adquieren su verdadera naturaleza al formar parte de los propios derechos fundamentales y no servir como instrumento del Estado para el control de las relaciones que regulan estos derechos.

De esta forma, eliminándose las causas económicas y políticas que favorecen los ejercicios abusivos y mediante la positivación de límites que sirvan a la realización de los derechos y/o libertades y no a su limitación, podrá eliminarse la característica actual de que la norma general en el ejercicio de los derechos es su abuso y también el aumento del poder del Estado que hoy viene justificada como fórmula para prevenirlo.

El límite general del abuso de derecho, basado en la teoría general del abuso, no tiene por tanto ninguna razón de ser en el Estado democrático de Derecho en cualquiera de los campos del ordenamiento, ya que la finalidad de esta forma de Estado es la realización de los derechos fundamentales y no su limitación.



7. CONSIDERACIONES GENERALES

## 7.1 Naturaleza de los derechos fundamentales

A modo de conclusiones de este primer capítulo, podemos precisar cuál es la naturaleza de los derechos fundamentales.

Su naturaleza es compuesta y por tanto dinámica: por un lado son valores que se forman históricamente, por otro auténticos derechos.

Ante todo, la noción que sirve de base a las declaraciones de derechos y a todas las legislaciones positivistas que en él se han inspirado, es la del derecho subjetivo (233).

Sin embargo, hoy existen ciertas dificultades para la identificación entre derecho subjetivo y derechos fundamentales, ya que como dice L. Duguit:

"en cierta forma la noción de derecho subjetivo ha sido sustituida, en lo que respecta a los derechos fundamentales, por la de función social" (234).

Como dice el profesor A. E. Pérez Luño: "Para quienes sostienen que los derechos subjetivos son la expresión de todos los atributos de la personalidad, los derechos humanos constituirían una subespecie de aquellos: serían los derechos subjetivos directamente relacionados con las facultades de autodeterminación de individuo" (235). "Ahora bien - sigue diciendo - si la noción de derecho subjetivo se asume en su significado estrictamente técnico jurídico-positivo, y se les conceptúa como prerrogativas establecidas en conformidad a determinadas reglas, y que dan lugar a otras tantas situaciones especiales y concretas en provecho de los particulares, ambos términos no se identifican, ya que se entiende que los derechos subjetivos pueden desaparecer por vía de transferencia o prescripción, en tanto que las libertades que se derivan de los derechos humanos son inalienables e imprescriptibles".

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, sin embargo, de carácter especial; son derechos subjetivos al ser una facultad que deriva de la

ley, pero tienen un carácter especial al ser derechos inalienables e imprescriptibles (236).

Al mismo tiempo, la categoría de los derechos públicos subjetivos fue elaborada por la dogmática alemana a mitad del siglo XIX. Con dicha categoría se intentó inscribir a los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, en cuanto persona jurídica, y los particulares (237).

Sin embargo, esta figura de Derecho público subjetivo es inadecuada e insuficiente para identificarla con los derechos fundamentales. "En este contexto

- nos dice el profesor A. E. Pérez Luño - la noción de derecho público subjetivo, en cuanto autolimitación del poder soberano del Estado, debe ser sustituida por la noción de derechos fundamentales, entendidos como limitación de la soberanía popular impone a los órganos que dependen de ella" (238). De esta forma la categoría de derechos públicos subjetivos entendida como autolimitación estatal en beneficio de determinadas esferas de intereses privados, pierde su sentido al hallarse superada por la propia dinámica económico-social de nuestro tiempo, en el que el disfrute de cualquier derecho fundamental exige una política jurídica activa (239).

La teoría de los derechos públicos subjetivos, fue el intento de trasposición de la teoría de los derechos subjetivos al campo del Derecho público, intento que se ha abandonado en favor de una noción más amplia como es la de derechos fundamentales.

La doctrina alemana, ha elaborado también la idea de la Direktwirkung de los derechos fundamentales; esto es de la eficacia frente a terceros de tales Derechos en el ámbito de las relaciones privadas (240).

E. Stein nos dice al respecto "A los derechos fundamentales no puede atribuirseles ninguna eficacia inmediata frente a terceros" (241). Sin embargo, más adelante reconoce la posibilidad de que produzcan un efecto mediato sobre la situación jurídica de los particulares. En este sentido el profesor E. Stein, distingue tres aspectos de este efecto mediato de los derechos fundamentales frente a terceros:

- I) Los derechos fundamentales vinculan al legislador.
- II) El derecho privado tiene que interpretarse constitucionalmente.
- III) Son una garantía constitucional de determinadas instituciones.

Con muy buen criterio el profesor E. Stein, admite que la penetración de los derechos fundamentales en el campo del Derecho privado se produce, en un primer momento, en el campo de la interpretación, por medio de las garantías a ciertas instituciones privadas, pero por el contrario niega que pueda existir una eficacia mediata frente a terceros de estos derechos, es decir, no pueden entrar en conflicto los intereses que defienden los derechos fundamentales en el campo del Derecho privado.

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos, pero especiales, el carácter de derecho subjetivo es uno más que se añade a los otros, y todos ellos contribuyen a calificar a estos derechos como fundamentales.

Para L. Duguit el vicio que representa la doctrina general del abuso de derecho es consecuencia de la idea de derecho subjetivo. Que se rechace la palabra y la idea de derecho subjetivo, y se rechazarán a la vez todas las controversias y sutilidades que se han acumulado sin razón y sin provecho.

Como vemos, la naturaleza dinámica, cambiante y perfectible de los derechos fundamentales es fruto de conquistas parciales. Primero se reconocieron una serie de valores humanos que se reivindicaban frente a los valores tradicionales, valores que estarán formulados primariamente y se heredaban por contagio, ciertas categorías metafísicas de los códigos anteriores, su inmutabilidad y su carácter divino. Valores que se fueron perfilando, ampliando y concretando, valores que como ideología legitimaban aspiraciones que lograron realizarse en el siglo XVIII, y que en parte se positivizaron en las leyes que siguieron a estos acontecimientos revolucionarios.

Ello supuso el paso de las intenciones, de las ideas a la práctica; los ideales siempre son más dogmáticos, idealistas y utópicos que la propia reali-

dad; el paso a la práctica puso en evidencia lo primitivo de su formulación y la necesidad de concretarlos y precisarlos más, la lucha siguió siendo el motor de estos cambios, los conflictos sociales que fueron revelando lo imperfecto y relativo e imponiendo aquellas dimensiones desconocidas anteriormente que, fruto de estas luchas, se reflejarán como evidentes (243).

Existe un proceso de perfeccionamiento tanto de los valores que representan los Derechos humanos, como de la formulación jurídico-positiva de los mismos.

En la Edad Media la formulación de los valores sociales era primaria; en el siglo XVIII se logró su reconocimiento positivo, pasando a ser derechos subjetivos fundamentales. Su formulación positiva, a medida que se irán precisando estos valores se han ido concretando, limitando. En los siglos XIX y XX, la doctrina socialista pretende que la estructura política que da vigencia a estos derechos y la infraestructura económica que los condiciona se perfeccione, cambiándose, eliminando los obstáculos que dificultan su realización, realización del derecho como plasmación de un código moral, código moral como conjunto de valores que legitima y ponen en evidencia la necesidad del perfeccionamiento de las instituciones jurídicas, políticas, económicas y sociales, sustituyéndolas, adecuándolas y modificándolas para que sean instrumentos, cada vez más eficaces de su finalidad: la realización de los valores sociales.

Los Derechos Fundamentales son la plasmación jurídica de los valores sociales, que expresa en cada momento histórico, como tales, la voluntad popular.

Los valores sociales no son subjetivos, sino objetivos, son aquellos que mantienen la sociedad internacional y nacional, y que tienen que transformarse en valores eficaces, reconocidos y positivizados por el Estado que representa a esta sociedad. Por ello son los elementos esenciales de los Derechos Fundamentales:



- I. Que expresen los valores que, en cada lugar y momento, la sociedad exprese como suyos.
- II. Que se positivicen en una normativa jurídico fundamental como medio, en la sociedad actual, de poder exigir su cumplimiento.
- III. Que se den en un Estado democrático de Derecho, única fórmula que permite que la voluntad social se transforme en voluntad política, que los valores sociales se transformen en fines del Estado, y que estos fines se vayan adecuando a lo que en cada momento se exprese como valores sociales.
- IV. Que se den en una economía social y democrática, como medio de eliminar los privilegios y obstáculos que impiden, en la práctica, la realización de los valores sociales que se expresan en las normas jurídicas, y como fórmula necesaria para lograr la realización de los principios del Estado democrático de Derecho.

Y atendiendo a lo que hemos dicho antes sobre el carácter dialéctico, evolutivo y perfectible de los derechos fundamentales, habiéndose puesto de relieve estas deficiencias en la formulación de los derechos fundamentales, existe una legitimidad eficaz y justa para luchar por su reconocimiento, lucha que en un Estado democrático viene limitado por las reglas de la democracia, por dos razones: primero, porque tenemos que asumir lo que de bueno la historia nos ha revelado, perfeccionándolo con lo que de bueno nos revela; y porque no se conoce, en la actualidad, otra fórmula más eficaz, mejor y más justa para la realización de los derechos fundamentales, que el Estado de De-recho.

La legitimación de los derechos fundamentales, viene dada por el código de valores sociales. Su positivación para conseguir validez jurídica, y por la fórmula de Estado que les da vigencia. Por lo tanto, la fórmula con que se identifican hoy con el Estado democrático de Derecho, fórmula que lleva la



democracia a los tres niveles: social, político y económico, son los caracteres esenciales para poder hablar hoy de derechos fundamentales realmente.

Si faltan algunos de estos caracteres, se transforman en derechos fundamentales formales.

Si estos derechos no plasman los valores sociales, se transforman en derechos que no defienden los intereses de la sociedad, sino de un grupo de la sociedad; si no se positivizan no son derechos sino valores, valores que legitiman la lucha por su reconocimiento, pero pierden el carácter de exigibilidad ante las instituciones del Estado (entendiendo derecho como norma jurídico-positiva, norma que puede ser ineficaz e injusta) (244). Si no se dan estos derechos en un Estado democrático, dejan de plasmar los valores sociales que los legitiman como fundamentales, ya que el Estado de Derecho es la única fórmula y la mejor conocida para transformar válida, fiable y eficazmente, la voluntad social en voluntad del Estado, es decir, en la finalidad de éste.

El profesor Pablo Lucas Verdú nos dice: "No hay que olvidar que el Estado-comunidad es fuente de Derechos humanos", sigue diciendo, "una política sana, eficaz e inteligente de Derechos humanos estriba en armónicas, continuas y fecundas interrelaciones entre Estado-comunidad y Estado-aparato (...), significa que en el Estado-comunidad están potencialmente contenidos otros posibles o nuevos derechos. Corresponde al Estado-aparato atender cuidadosamente a su eventual aparición porque brotan del progreso cívico, económico y social para incorporarlos a la tabla de derechos y hacerlos eficaces" (245). Y es necesario que se dé en un Estado democrático de derecho porque es la fórmula más perfecta, ya que la democracia alcanza en él, a todos los niveles económicos, sociales y políticos, y por lo tanto realiza en mayor medida, más fielmente, los valores sociales, las normas fundamentales y, por lo tanto, los fines del Estado.

Si tuviéramos que contestar cuáles son los orígenes, responderíamos que los primitivos son las aspiraciones e intentos de limitar el poder del Estado, ya que es ésta una de las finalidades de las Declaraciones; si tuviéramos que

precisar un origen más cercano, sería en las concesiones y privilegios de la Edad Media, un antecedente del catálogo de Derechos fundamentales. Derechos que se asemejan más a los Derechos fundamentales los encontramos en las leyes y documentos ingleses, norteamericanos y franceses. Sin embargo, huiríamos de la respuesta sencilla que fijará el origen en un momento dado, porque las diferencias entre los privilegios medievales, las leyes inglesas, las Declaraciones francesas y norteamericanas son tan grandes como las que existen entre las Declaraciones de un Estado social de Derecho y las Declaraciones de un Estado democrático de Derecho y no digamos las que existen entre estas Declaraciones y las del siglo XVIII.

Todas ellas tienen puntos comunes, obedecen a finalidades parecidas, pero su contenido, su alcance, su realización, su significado, son diferentes.

La acumulación de cambios cuantitativos produce cambios cualitativos, la historia contra los privilegios, la historia de las Declaraciones, es la historia de los Derechos fundamentales, pero en cada etapa se añade un carácter nuevo que las modifica y perfecciona, dotándolas de un nuevo significado. Es cierta la tesis, que presenta a los Derechos fundamentales en su origen (siglo XVIII), como la teoría necesaria para defender y justificar el Derecho de propiedad del "hombre burgués"; en la práctica fue así, y las Declaraciones del Estado social de Derecho, aún teniendo en cuenta sus intereses conciliadores, no dejan de obedecer a los intereses de clase.

El Derecho de propiedad ha desaparecido en el Estado social, del catálogo de Derechos fundamentales, pero se mantiene su protección a nivel civil y mercantil.

Se ha limitado, pero sus límites son poco precisos. Por ello el hecho constante que se revela en el ejercicio de este derecho, sigue siendo su "abuso" (246).

Más todo ello no quiere decir que todas las Declaraciones tengan idéntico significado. Las Declaraciones de los siglos XVIII, XIX y XX, justifican

el Derecho de propiedad, y por lo tanto, sirven para la defensa, en último extremo, de los intereses de las clases poseedoras, pero no sólo las Declaraciones de derechos, sino todo Derecho, y el Estado obedecen a estos intereses, las relaciones de producción los condicionan.

Sin embargo, la posición socialista se basa en denunciar esto; en pretender modificar las relaciones de producción, al mismo tiempo que los demás niveles, modificándolos con criterios socialistas. Si los Derechos fundamentales dejan de obedecer a los intereses de clase para expresar los intereses sociales.

Con ello se consigue un paso cualitativo en la modificación y perfeccionamiento de los Derechos fundamentales, paso cualitativo que les da un significado tan diferente como el que existe entre las Declaraciones de 1789 francesa y las Declaraciones inglesas del siglo XVII.

Como dice U. Cerroni, "se presenta a la democracia socialista como una contraposición sustitutiva de la democracia política. Cuando ésta ha sido en gran medida, no tan sólo una exigencia, sino una conquista del movimiento obrero socialista" (247).

Sin embargo, no analizaremos con detalle las condiciones jurídico-políticas, sociales, económicas y culturales necesarias para la realización de los Derechos fundamentales. Ello escapa al objeto de esta tesis y entraría en el estudio de las garantías de los Derechos fundamentales, sin embargo, las consideraciones que hemos hecho, al analizar cada uno de estos niveles, son suficientes para aclarar su importancia y estudiar sus límites.

Lo que sí creo necesario precisar son las funciones. A ellas nos hemos venido refiriendo a lo largo de todo este trabajo; creo que ha llegado el momento de precisarlas en estas conclusiones.

## 7.2 Funciones de los derechos fundamentales

Como ya hemos expuesto, durante los siglos XIX y XX cambian las condiciones sociales como consecuencia de la aparición del nuevo bloque trabajador que se rebela y pone en evidencia el formalismo del Estado Liberal.

Cambian las condiciones económicas; en las grandes crisis ponen de manifiesto la ineficacia de un mercado basado en el "laissez faire, laissez passer..." (248) y cambian las condiciones políticas; la burguesía deja de ser la alternativa democrática de la monarquía absoluta, para convertirse en la detentadora del poder político; el Estado pasa a ser el Estado de Capital.

Ante estos cambios, el Estado liberal es ineficaz para seguir defendiendo los intereses de la clase en el poder y por lo tanto peligroso. Hay que buscar otra fórmula de Estado que permita ordenar social, política y económicamente el país, con un nuevo orden que beneficie al Capital, y consecuentemente las declaraciones, al cambiar los intereses del Estado, adecúan sus funciones a los nuevos.

El proceso evolutivo de las declaraciones durante los siglos XIX y XX obedece y se corresponde con el proceso de cambio experimentado, tanto a nivel económico, como político.

Durante el siglo XIX y principios del XX, los Derechos fundamentales están en crisis, el cambio de fórmula de Estado todavía no se ha realizado, el Estado liberal es caduco y anticuado y se encuentra imposibilitado para ordenar la nueva realidad. La crisis de las declaraciones es consecuencia de estos desequilibrios. Se necesitarán dos grandes guerras para dar con el Estado conciliador que logre una precaria tregua en la crisis. En este Estado conciliador, las declaraciones se transforman en pactos, mediante los cuales se legitima y fundamenta el equilibrio formal.

Tanto la fórmula de Estado como las declaraciones, finalidad de éste y código legitimador de todo cambio, tienen que modificar y ordenar su fundamentación y significado.

Después del fracaso de las experiencias autoritarias, fomentadas por la burguesía para salir de la crisis, como fueron el fascismo y el nazismo, surge, como fórmula de Estado para ordenar la nueva realidad, el Estado social de Derecho. Sus declaraciones son códigos y fórmulas para conciliar la defensa y protección de los intereses de la burguesía con ciertas reivindicaciones del bloque trabajador. Las Declaraciones son pactos que positivizan las diversas fórmulas transitorias de equilibrio.

Estas Declaraciones, para poder cumplir con la función conciliadora, no pueden fundamentarse en categorías del Racionalismo yusnaturalista ya que no pueden ser Derechos inmutables, absolutos y universales, ya que como pacto tienen que irse modificando y adecuándose a la realidad de cada momento. No existe un pacto permanente, por lo tanto la legitimación no podía imponerse con criterios naturales, absolutos, sino que era necesario para cada momento y de esta forma poder mantener el equilibrio. El positivismo basado en la legitimidad válida (249) es el criterio necesario para justificar, en cada momento, las declaraciones y sus sucesivos cambios. El Derecho es el Estado y por lo tanto el Estado es el que da validez a un pacto, que se modifica y amplía según las posiciones del bloque trabajador para lograr de nuevo el equilibrio.

Esto no solamente explica porqué el neopositivismo es la fundamentación filosófica del Estado social de Derecho, también explica la existencia de una evolución en el contenido y cantidad de los Derechos declarados como fundamentales en el siglo XIX y XX y aclara porqué en unas declaraciones elaboradas por el Estado burgués se reconocen derechos de los trabajadores.

Las funciones de las declaraciones liberales eran legitimar una nueva fórmula de Estado y limitar el poder absoluto mediante la Declaración de los derechos de la persona, todo ello en beneficio, no del pueblo, sino de una clase.

Cumplen también la función manifiesta de legitimar la nueva fórmula de Estado, pero la función latente de limitar su poder tiene otro alcance.



Si en el Estado liberal esta era la función principal de las Declaraciones, al ser el objetivo más importante limitar el poder absoluto; en el Estado social, al heredar del Estado liberal un poder político limitado y al adoptar el Estado-aparato un protagonismo que antes no tenía, decrece en importancia, sugiendo peligros que pueden desvirtuar esta función. La concentración de poder y el intervencionismo estatal están desvirtuando el alcance de la limitación del poder político.

Artículos como el 18 de la Ley Fundamental de Bonn suponen un claro exponente de lo dicho.

La limitación del poder en un Estado social de Derecho es menor que en el Estado liberal. Sin embargo, conviene mencionar que esta función tiene otro alcance. Fruto de las presiones de la clase trabajadora, se ha limitado el poder del capital.

Vemos, por lo tanto, que el intervencionismo cumple un papel positivo en la defensa de unos derechos sociales, económicos y culturales, conciliadores de la acumulación de capital, pero también suponen un peligro, al desvirtuar la función de limitar al poder político. Es una contradicción insoluble del Estado social con las Declaraciones de derechos.

Sin embargo, la alternativa de la fórmula de Estado democrático corrige estos defectos y contradicciones del sistema social, añadiendo otras funciones en las Declaraciones, cuál es la de participación y control, a todos los niveles, del poder político por los ciudadanos. Con ésta se asegura, nuevamente, que la función de las Declaraciones de limitar el poder del Estado queda garantizada realmente y en beneficio de todos, en un Estado democrático de Derechos.

Las Declaraciones en un Estado social cumplen también una nueva función: fundamentar la unidad política. Al ser estas Declaraciones pactos, son acuerdos entre el Estado y la persona, y entre los diversos grupos sociales, eliminando, o disminuyendo, transitoriamente los conflictos. Las Declaraciones



cumplen la función de conciliar y equilibrar los conflictos sociales y, por lo tanto, fundamentar la unidad política.

Sin embargo, es en el Estado democrático de Derecho donde adquieren las funciones toda su dimensión.

Las Declaraciones en el Estado democrático, cumplen la función de legitimar al nuevo Estado. Empero, la gran diferencia es que se asegura su realización. La legitimación del Estado democrático de derecho, a diferencia de las anteriores, viene dada, no sólo por la Declaración de Derecho, sino por su realización.

La realización de los Derechos que se declaran en esta forma de Estado como fundamentales legitima al poder político.

Las Declaraciones de Derechos en un Estado democrático limitan, en beneficio de todos, el poder político, no solamente haciendo reales los Derechos individuales armonizándolos con las nuevas condiciones sociales, con el progreso económico-social y tecnológico, además instrumentalizando garantías que limiten, y controlen, el poder mediante la participación, a todos los niveles, de los ciudadanos en los centros de poder.

De otro lado, limita la acumulación de capital mediante un nuevo concepto de propiedad, que es el de la propiedad colectiva (250).

Fundamenta la unidad política, al eliminarse los privilegios de clase y favorecer una real igualdad, al transformarse el Derecho y el Estado, un conjunto de normas técnicas y un instrumento al servicio de la organización y control social, instituciones y normas que pueden ser empleadas por todos para conseguir ciertos fines, en cuanto hombres iguales y libres (251). Es decir, fundamentan la unidad política encaminada a eliminar conflictos de clase.

Los Derechos fundamentales en un Estado Democrático de Derecho, positivizan la participación política, no sólo con la finalidad de limitar y controlar el poder político, además como forma que favorece el desarrollo integral de la persona humana.

Los Derechos fundamentales en esta forma de Estado también son la positivación de los valores sociales convertidos en derechos públicos subjetivos. Contribuyen al enriquecimiento y al completamiento de un ordenamiento jurídico. Son elementos esenciales para la interpretación (252), creación y modificación de todo el Ordenamiento. El legislador está sometido a la Ley Fundamental (253) y suponen los principios jurídico-políticos de la legislación (254).

Y todo ello porque la esencia de los Derechos fundamentales en un Estado democrático de Derecho, como dice el profesor Pablo Lucas Verdú (255): "es tria en el pleno desarrollo y perfeccionamiento de la realidad humana como racionalidad y sociabilidad respetando sus libertades", "contribuyendo al desarrollo de la persona humana, bien el ámbito de libertad, bien con la creación de cauces de participación" como nos dice el profesor Gregorio Peces-Barba (256).

Las Declaraciones del Estado democrático de Derecho ya no varían su contenido en función de las presiones de los bloques; las declaraciones ya no son factor que revelen los deseos de la mayoría, por el contrario, las declaraciones en un Estado democrático de Derecho positivizan los valores sociales, ampliándolos, perfeccionándolos, en función de las nuevas conquistas históricas que se vayan realizando y revelando como nuevos valores sociales. En cuanto valores sociales por encima del Estado son inalienables, inembargables, irrenunciables e intransmisibles (257).

Subrayemos que todas estas funciones son interdependientes, una es, al mismo tiempo, la razón de ser de la otra.

Sin olvidar la interdependencia que existe entre la fórmula de Estado, y el contenido, significado y alcance de las declaraciones, cumpliendo uno y otros fines y funciones que califican al Estado y determinan una declaración.

Así podemos definir las funciones de las Declaraciones en un Estado democrático de derecho de la siguiente forma:

- 1) Control y límite del poder político en beneficio de todos.
- 2) Cauce para la participación social y política de todas las personas.
- 3) Garantía de una esfera de libertad de la persona.
- 4) La razón de ser del Estado estriba en la realización de los Derechos Fundamentales.
- 5) Limitadores del ejercicio de los demás derechos e inspiradores y fundamentadores del Ordenamiento.
- 6) Fundamento de la convivencia y de la unidad política.
- 7) Son normas positivadoras de los valores sociales que representan conquistas históricas de la Humanidad.

Estas son las funciones de las Declaraciones y la finalidad del Estado es la realización de esta Declaración.

Y estas funciones y esta finalidad del Estado están justificadas porque la esencia de la Declaración es favorecer el pleno desarrollo y el perfeccionamiento de la realidad humana.

Pero al hablar de funciones de los derechos fundamentales, hay que tener siempre presente que estos derechos constituyen límites materiales a la acción del Estado. Todos los derechos fundamentales se dirigen contra el Estado (258). Y si los límites en lugar de posibilitar la realización de esta función se transforman en instrumentos para impedirla, su solo reconocimiento atenta contra la esencia de los derechos fundamentales.

### 7.3 Límites en el ejercicio de los derechos fundamentales

El hombre en la concepción individualista de la sociedad es por naturaleza libre, independiente, aislado, titular de derechos individuales llamados naturales, indisolublemente unidos a la cualidad de hombre. Sin embargo, para asegurar la protección de estos Derechos individuales se agruparon y por efecto de esta agrupación, se tuvieron que imponer restricciones a los derechos de cada uno, límites, pero sólo en la medida en que ello era necesario para asegurar el libre ejercicio de los derechos de los demás (259). La colectividad organizada, el Estado no tiene que proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno. El Estado tiene la obligación de proteger y organizar los derechos del individuo, el único límite que, de acuerdo con la naturaleza de estas instituciones, se admite es el de que la actividad de los demás tiene por fundamento y medida la protección de los derechos de todos.

En el artículo 4º de la Declaración de los Derechos del hombre se lee: "La libertad consiste en poder hacer todo lo que no dañe a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos Derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por ley". El artículo 5º dice: "La ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales para la sociedad". Y en el título I párrafo 3º de la Constitución de 1791 se lee: "El poder legislativo no podrá hacer ninguna ley que atente y sea obstáculo al ejercicio de los Derechos naturales y civiles..." (260).

El límite del abuso de derecho, lógicamente no existía, nadie puede abusar de un derecho que le es natural, inherente. El único que podía abusar, según el individualismo racionalista, era el Estado, contra él se dirigían las Declaraciones, construyendo un muro que impedía su intervención en el ámbito reservado a la persona.

Sin embargo, los cambios que experimentó Europa y Norteamérica, tanto a nivel económico, social como político, llevó, a finales del siglo XIX, al reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales reivindicados por la clase trabajadora, y por tanto a una nueva fundamentación del Derecho, el positivismo basado en la noción de función social. "El hombre no tiene de rechos, la colectividad tampoco. Pero todo individuo tiene en la socie dad una cierta función que cumplir, una cierta tarea que ejecutar. Y ese es precisamente el fundamento de la regla de Derecho que se impone a todos, grandes y pequeños, gobernantes y gobernados".

Por ejemplo, en cuanto a la propiedad, no es ya en la moderna concepción un derecho intangible, absoluto, que el hombre tiene sobre ella. La pro piedad, según la concepción que León Duguit (262) llama realista, no es un De recho, es una función social. El propietario tiene una función que cumplir; mientras cumple esta función social, sus actos están protegidos; si no la cum ple o la cumple mal, si por ejemplo no cultiva su tierra o deja arruinarse su casa, la intervención de los gobernantes es legítima para obligarle a cumplir su función social de propietario, que consiste en asegurar el empleo de las riquezas que posee conforme a su destino. De esta forma, la intervención del Estado está legitimada por la defensa de los intereses sociales y económicos. Y los límites en el ejercicio de los derechos surgen entonces como los instru mentos que prohíben aquellos ejercicios contrarios a la función social, es de cir, aquellos ejercicios abusivos que contradicen intereses públicos prevalen tes.

En este contexto surge la teoría general del abuso de derecho que se concreta, en un primer momento, como límite al ejercicio abusivo de propiedad.

A nivel ideológico, la noción de función social permite que pueda apare cer este límite, ya que todo aquel que use de su derecho en contra de la función social del mismo, está abusando de él.

El tránsito de las formas económicas, sociales y políticas del siglo XIX a nuestro siglo, como dice A. E. Pérez Luño (263), ha producido una impor tancia



tante mutación del sentido de los derechos del hombre que puede observarse desde diversos niveles de consideración. Así en el plano ideológico o filosófico se advierte la tendencia al abandono de la pretensión de un fundamento absoluto de la libertad en abstracto, para reconocer abiertamente el carácter histórico de las distintas libertades concretas.

A nivel político, también es necesario establecer un límite de esta naturaleza, porque permite la intervención del Estado en el control del ejercicio de los derechos, es decir, permite el desarrollo de la actividad intervencionista del Estado-aparato.

En el plano político, el marcado individualismo que sirvió de trasfondo ideológico de las primeras declaraciones burguesas de los Derechos del hombre, concebidos para salvaguardar su autonomía frente al Estado, ha dejado paso a un enfoque social de tales derechos que hoy se ven como poderes de actuación social, política y económica que reclaman la intervención directa del Estado.

Paralelamente en el plano económico, el sistema basado en la teoría de "laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même" demuestra su ineficacia.

A nivel económico también es necesario concretamente el límite general del abuso de derecho, porque permite que el Estado asuma el papel de dirección de la política económica del país.

En efecto, tanto ideológica, política, como económicamente a mitades del siglo XIX es necesario establecer límites al ejercicio de los derechos, para impedir aquellos usos que atenten contra la función social, es decir, aquellos usos que sean abusivos.

Las exigencias económicas y sociales requieren nuevos causes técnico-jurídicos de positivación que dan lugar a la aparición de los límites.

El campo del ordenamiento donde primero aparecen, es el privado, éste es el privado, éste es el campo que, fruto del individualismo, está más avan-



zado en su regulación jurídico-positiva, y también parece lógico que sea Alemania el primer país que tenga antecedentes del reconocimiento de un límite a los ejercicios abusivos de los derechos, porque en este país siempre ha imperado un principio de solidaridad mucho más acentuado que en Francia (264).

Aún hoy en día, como dice el profesor Pablo Lucas Verdú, los estudios sobre la codificación en el campo del Derecho privado son numerosos, tanto en Derecho comparado, como en el privado.

En cambio, el fenómeno de la codificación en Derecho público, salvo en el campo del Derecho penal, es muy escaso, y esto resulta paradójico por dos razones: porque no hay que olvidar que la Constitución es un Código, Código político fundamental, y además porque la codificación del Derecho Constitucional implica la inserción, en el nivel normativo más alto, de los derechos y libertades.

Estos derechos y libertades se positivizan, es decir, pierden o se atenúa su cáriz yusnaturalista para convertirse en Derecho positivo Constitucional.

Es menester, pues, considerar los fundamentos económicos y socio-económicos de la codificación en el campo del Derecho Constitucional, lo cual significa un orden jurídico fundamental, claro, sistemático y completo que garantice los intereses de la burguesía. Claro y sistemático, es decir, seguridad jurídica frente al Goticismo, pero también completo (265).

Desde que la naturaleza de los Derechos reside en la noción de función social, es preciso resolver los conflictos que surgen entre los intereses individuales y los nuevos intereses públicos, es necesario impedir y sancionar los abusos que pueden darse en el ejercicio de los derechos individuales que contraigan intereses públicos que prevalecen en el ordenamiento jurídico.

El abuso es pues el ejercicio de un derecho o facultad cuyo resultado contradice un interés público protegido prevalentemente.

Para resolver y sancionar estos conflictos, es decir, para impedir y sancionar los ejercicios abusivos, se crean los límites.

En efecto, los límites en el ejercicio de los derechos, no son más que las normas que resuelven los conflictos entre los intereses individuales y los intereses públicos.

En este sentido, está más que justificada la existencia de límites en el ejercicio de todo derecho o facultad, y no existe ningún derecho o facultad que sea ilimitado.

Sin embargo, también hemos dicho que coincide el nacimiento de los límites con el momento en que la burguesía detenta el poder político y, por tanto, cuando la función de las declaraciones de ser límite al poder del Estado pierde la importancia que tuvo en el siglo XVII y XVIII, y esta coincidencia tampoco es casual; la presencia de los límites coincide con la desvirtuación de la función de las declaraciones como límite al poder del Estado.

Sin embargo, no puede sacarse la conclusión de que los límites impidan o dificulten la realización de esta función, ya que como hemos dicho, los límites son necesarios en la realización de los Derechos fundamentales; sino que la causa está en la forma de positivizar estos límites.

Los límites son necesarios, pero si su formulación no tiene la concreción y garantías necesarias para que no suponga una norma de carácter general que en manos del Estado desvirtúe la función y por tanto la esencia de la propia declaración, los límites se transforman en instrumentos que destruyen la esencia de estos Derechos; así no son los límites, sino la forma de positivizarlos, la que ha producido que desde mediados del siglo XIX, la función esencial de la Declaración pierda el significado y la importancia que tuvo en tiempos anteriores.

Un ejemplo lo tenemos en el propio límite del abuso en el ejercicio de los derechos, cuya aparición se centra a mediados del siglo XIX y cuya formu-

lación general, como veremos, no solamente es ineficaz para cumplir con la función de todo límite, sino que en manos del Estado es un instrumento para intervenir en la resolución de los conflictos, y si esto no es excesivamente peligroso cuando se aplica al ejercicio del derecho de propiedad, si lo son los intentos de transplantarlo a otros campos del ordenamiento, y en mayor medida, del ejercicio de los derechos fundamentales.

Hoy en día es admitida por prácticamente todos los autores la teoría de que todos los derechos - entendiendo por derecho aquellos valores positivizados - tienen "límites" en su ejercicio, por lo tanto los derechos fundamentales, como Derecho positivo, también tienen sus "límites" (266).

Estos "límites" al ejercicio de los derechos fundamentales, como también a todos los derechos subjetivos - como después ampliaremos, pueden ser: unos intrínsecos que derivan del propio ejercicio, y otros extrínsecos, generales, que le vienen impuestos por la sociedad o el derecho de los demás.

Los "límites" intrínsecos se basan en el uso anormal del derecho fundamental, es decir, se abusa de este derecho al ejercicio contrariando a sus fines o naturaleza. Todo derecho o facultad es susceptible de usarse abusivamente, pero no tenemos que confundir la teoría general del abuso de derecho, que es una fórmula de controlar los abusos en Derecho privado, con el ejercicio abusivo que se puede dar en el uso de cualquier derecho o facultad, ya que la fórmula de prevenirlo, controlarlo y sancionarlo dependerá de las características de la rama o campo al que pertenezca cada derecho o facultad; y el trasplante de las teorías de una rama a otra es peligrosa y por lo tanto inconveniente.

Los límites extrínsecos al ejercicio de los derechos fundamentales son: el derecho ajeno, la moral vigente, el orden público y el Bien común (267).

El problema de los límites intrínsecos, que es el que nos interesa particularmente, no está en reconocer que tienen que existir límites que sancionen o prohíban el mal uso o el "abuso" de los derechos fundamentales, sino en

cómo tienen que ser estos límites, qué requisitos tienen que reunir, para qué, de acuerdo con las características de los derechos a los que se tienen que aplicar, no se transformen en normas de carácter general para limitar los derechos fundamentales por el Estado en beneficio de la expansión intervencionista.

A los derechos fundamentales hay que ponerles límites para hacerlos compatibles con los derechos y libertades ajenos, para defender el bien común y por exigencias de la defensa estatal, es decir, hay que poner límites para que se pueda realizar su esencia, ésta es la finalidad de su limitación, su realización generalizada. En este sentido, el límite forma parte del propio derecho fundamental al elevar al nivel de estos derechos algunos intereses públicos, y ello no significa que nos hallemos ante un supuesto de no aplicación del derecho fundamental a un caso concreto. La norma delimitadora no deroga un derecho fundamental, porque su función sólo consiste en hacer posible el logro de determinados intereses públicos. La norma limitadora forma parte también de los derechos fundamentales, y debe contribuir a su realización y no a su destrucción (268).

Los límites lejos de entorpecer los derechos fundamentales los tienen que posibilitar y potenciar, pero no existen las garantías necesarias, si su enunciado es muy general e indeterminado, se convierten en restricciones.

Para que ello no sea así, para que los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales posibiliten su realización, tienen que reunir una serie de requisitos (269).

- 1) Que la organización del país sea democrática.
- 2) Tienen que venir autorizados en la propia Ley fundamental y concretados por ley.
- 3) Los medios tienen que ser proporcionales con el fin.
- 4) Las leyes que lo desarrollen tienen que ser de carácter general.

5) En ningún caso pueden afectar a la esencia.

6) Su interpretación tiene que ser restrictiva.

Sin embargo, no siempre se han respetado ni se respetan estas garantías. La característica general a partir de mitades del siglo XIX es que los límites se han utilizado como limitaciones, como restricciones, como facultades que dispone la Administración para controlar e intervenir en la regulación y solución de los conflictos.

Y a pesar de reconocerse hoy en la mayor parte de las Constituciones democráticas garantías parecidas a las señaladas, que aseguran que las declaraciones sigan cumpliendo con sus funciones entre ellas, la de ser un límite al poder del Estado, en todas ellas también existen límites excepcionales a los que no se les aplican estas garantías. Ha escrito T. Duchacek: "Es la nuestra una época de nuevas aspiraciones, nuevas naciones y nuevas Constituciones. Es también una época en la que las Declaraciones constitucionales de derechos y libertades, tanto las nuevas como las antiguas, son constantemente violadas" (270). Un ejemplo lo tenemos en el artículo 18 de la Ley fundamental de Bonn, en el cual se positiviza por primera vez una forma de sancionar los usos abusivos de los derechos fundamentales, y solamente se pone como garantía el que la limitación no afecte a la esencia, y que sea el Tribunal Constitucional el que dictamine la prohibición.

En el mismo sentido el artículo 9 de la Constitución portuguesa.

En casos excepcionales, todos los países también regulan fórmulas de suspensión exigidas por el bien común y la seguridad del Estado. En una sociedad democrática, la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales es considerada con gran desconfianza (271).

Esta suspensión solamente puede darse en circunstancias graves, en caso de guerra, desórdenes o porque mediante el uso abusivo de estos derechos se pone en peligro grave a las estructuras democráticas con el riesgo evidente de una involución hacia cualquier clase de autoritarismo.



Para que la facultad de suspensión que tiene el Estado, no se transforme en un poder que restrinja arbitrariamente estos derechos son necesarios se gún el profesor G. Peces-Barba las siguientes condiciones:

- 1) Muchos derechos nunca pueden estar en suspensión temporal. Así el derecho a la vida, a la integridad física, a no ser sometido a esclavitud, a la igualdad o a la seguridad jurídica.

Cuando pretextando situaciones excepcionales se suspenden estos derechos, el poder demuestra su voluntad de apartarse de las estructuras democráticas porque no se pueden encontrar en ningún caso que justifiquen razonablemente la suspensión del derecho a la vida, a la integridad física, a la igualdad o a un juicio justo. Sólo son pretextos en que apoyar una autoridad sin límites.

- 2) Las causas que pueden justificar estas suspensiones deben estar aprobadas por ley votada por el poder legislativo, o en la propia Constitución, y deben ser claras, concretas y sin posibilidad de interpretación equívoca. Solamente pueden justificar la suspensión causas muy graves, como el peligro inminente para el desarrollo de las instituciones del Estado o para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos.
- 3) La declaración del estado de excepción de guerra, o cualquier otro acto que lleve consigo la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales será sometida dentro de la mayor brevedad al control del poder legislativo.
- 4) La limitación de los derechos fundamentales debe ser reducida en el tiempo y sin posibilidad de prórroga.
- 5) Si el poder ejecutivo o el Jefe del Estado tienen además, de acuerdo con las leyes del país de que se trate la facultad de disolver el Parlamento, las dos facultades no deben ser ejercidas al mismo tiempo. Si existe una suspensión en el ejercicio de los derechos funda-



mentales y se disuelve el Parlamento "ipso iure" se restablece el ejercicio de estos derechos perdidos.

- 6) Una vez terminada la situación excepcional que ha justificado la sus pensión del ejercicio de los derechos fundamentales, la autoridad responsable del ejercicio del poder en este período - sea civil o mi litar - tiene que someter su gestión al control del poder legislativo, y responderá no sólo políticamente, sino en vía criminal, por los abusos cometidos fuera de la autorización concedida.

La necesidad de instrumentalizar una fórmula de suspensión cuando el pe ligro es muy grave se justifica, siempre y cuando reúna los requisitos que he mos señalado. La facultad de suspensión con estas características, como vere mos, es una fórmula eficaz para controlar e impedir los abusos en el ejerci cio de los derechos fundamentales cuando éstos ponen en peligro grave a las instituciones democráticas. Esta es una fórmula mucho más eficaz y con unas garantías que impiden que su aplicación atente contra la esencia de estos de rechos, que la positivizada en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn.

NOTAS

PRIMERA PARTE

- (1) J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre", (La fundamentación filosófica y sus declaraciones políticas). Discurso leído el 16 de diciembre de 1968, en la sesión inaugural del curso 1968-69. Reus, Madrid, 1968, pág. 40 y 56.
- (2) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Guadiana, Madrid, 1976, pág. 93.
- A. Tocquerille: "El Antiguo Régimen y la Revolución". Traducción de Angel Guillén. Guadarrama, Madrid, 1969, pág. 52.
- (3) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Volumen III, Tecnos, Madrid, 1976, pág. 41.
- Carlos Sánchez Viamonte: "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa". Ediciones de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1956, pág. 6.
- A. Truyol y Serra: "Los Derechos Humanos". Tecnos, Madrid, 1977, pág. 12.
- (4) V. Stahl: "Die Philosophie des Rechts". Vol. III, pág. 520. Citado por Del Vecchio: "La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en la Revolución Francesa". Traducción de M. Castaño. Reus, Madrid, 1914, pág. 127. "En el Estado antiguo el derecho individual no se concebía como una exigencia del particular con respecto a la comunidad, sino tan solo como una concesión de ésta".
- G. Sánchez Viamonte: "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa", ob., cit., págs. 6 y 7.
- (5) F. Battaglia: "Estudios de teoría del Estado". Traducción de Elías Días y Pedro de Vega. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966, pág. 161.
- G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales" ob., cit., pág. 71.

E. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1957, págs. 53 y Ss.

Wolfgang Abendroth y Kurt Lenk: "Introducción a la ciencia política". Traducción de Miguel Faber-Kaiser. Anagrama, Madrid, 1971, págs. 59 y Ss.

- (6) F. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., págs. 166 y Ss.

A. Truyol y Serra: "Los Derechos Humanos". Ob., cit., págs. 16 y Ss.

P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Ob., cit., Tomo III, pág. 43.

J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., pág. 43.

- (7) F. Battaglia: "Estudios de Teoría del Estado". Ob., cit., pág. 160.

C. Sánchez Viamonte: "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 7. "La cláusula 50 y 52 de la Carta Magna ya hablará de derechos".

- (8) Sobre la importancia de España en la formación de estos derechos: Juan Beneyto: "Los orígenes de la ciencia política en España". Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, págs. 296 y Ss. Jorge de Esteban: "Historia de los Derechos Humanos en España". Cuadernos para el Diálogo, extra nº XII, Madrid, 1968.

- (9) A. Truyol y Serra: "Los Derechos Humanos". Ob., cit., pág. 13.

- (10) N. Pérez Serrano: "Evolución de las declaraciones de derechos". Discurso de apertura del curso académico, 1950 - 1951, Madrid, 1950, pág. 21.

- (11) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Volumen III, Ob., cit., pág. 43.

M. Weber: "La ética protestante y el espíritu del capitalismo". Traducción de Luis Legaz Lacambra. Península, Barcelona, 1975, págs. 81 y Ss.

A. Truyol y Serra: "Los Derechos Humanos". Ob., cit., págs. 14 y Ss.

M. de la Cueva: Prólogo al texto de C. Sánchez Viamonte, cit., pág. XXVI.

- (12) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Ob., cit., pág. 46. "La ética individualista sobre la que se edifican las reivindicaciones de los Derechos Humanos en la Edad Moderna, fue considerada en un trabajo clásico sobre la cuestión de G. Jellinek, directamente encaminada a posibilitar el derecho a la libertad religiosa".

- (13) En la Bill of Rights, ya aparecen términos como, "Dios Omnipotente..." "...glorioso instrumento para liberar a este Reino del papismo y el poder arbitrario", "Libertad de este Reino...": "Textos básicos sobre Derechos Humanos". Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1973, págs. 69 y Ss.

E. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., págs. 190 y Ss.

A. Truyol y Serra: "Los Derechos Humanos". Ob., cit., pág. 16.

J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., pág. 43.

- (14) F. Battaglia: "Estudios de Teoría del Estado". Ob., cit., pág. 183.

(15) F. Battaglia: Ibit.

(16) F. Battaglia: Ibit.

(17) F. Battaglia: Ibit. Pág. 161.

- (18) C. Sánchez Viamonte: "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 6.

- (19) J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Sur, Buenos Aires, 1966, págs. 64 y sig.

K. Loewenstein: "Teoría de la Constitución". Ariel, Barcelona, 1979, págs. 391 y sig.

N. Pérez Serrano: "Evolución de las declaraciones de derechos". Ob., cit., pág. 27.

(20) J. Habernas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 60 y Ss.

C. Sánchez Viamonte: "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 15. "Es evidente - nos dice - que las Declaraciones Norteamericanas, abrieron el camino para la transformación política, jurídica y social de la historia civilizada".

(21) J. D. González Campos: "El orden internacional y la realización de los Derechos Humanos". Cuadernos para el Diálogo, extra, nº XII, Madrid, 1968, págs. 31 y Ss.

A. Truyol y Serra: "Vigencia Internacional de los Derechos Humanos". Cuadernos para el Diálogo, extra, nº XII, Madrid, 1968, págs. 35 y Ss.

(22) J. L. L. Aranguren: "Sentido de una declaración universal de los derechos humanos". Cuadernos para el Diálogo, extra, nº XII, Madrid, 1968, págs. 7 y Ss.

(23) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Ob., cit., pág. 42.

J. Habernas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 63 y Ss.

C. Sánchez Viamonte: "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 16.

(24) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 162.

(25) Del Vecchio: "La Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 76.

A. Truyol y Serra: "Los Derechos Humanos". Ob., cit., pág. 76.

(26) A. Truyol y Serra: "Los Derechos Humanos". Ob., cit., pág. 17.

(27) J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., pág. 55

G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 52.



"La formulación moderna de los derechos fundamentales, son una aportación liberal de clase, esto explica el papel central de la propiedad".

- (28) F. Battaglia: "Estudios de teoría del Estado". Ob., cit., pág. 162.
- (29) M. Pérez Serrano: "Evolución de las declaraciones de derechos". O., cit., págs. 57 y Ss.
- (30) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 44. "Consolidar el marco de propiedad individual era la finalidad de limitar el poder del Estado".
- (31) J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., pág. 56.
- (32) J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., pág. 55.
- (33) G. del Vecchio: "La Declaración de los derechos del Hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 57. "Las circunstancias históricas son las que hicieron que la revolución fuera de una forma u otra".
- (34) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Ob., cit., págs. 42 y Ss. Realiza el citado profesor en estas páginas un resumen de las fuentes de la Declaración francesa de 1789.  
  
J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., págs. 57 y Ss.  
  
F. Battaglia: "Estudios de teoría del Estado". Ob., cit., pág. 183 y Ss.
- (35) C. Sánchez Viamonte: "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 16
- (36) J. Habernas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., pág. 57 y Ss.
- (37) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Volumen III, Ob., cit., págs. 45 y Ss. Escribe el citado profesor, "que las diferencias que dieron nacimiento a la célebre polémica, son fruto de la diferente metodología empleada que les llevó a condiciones antagónicas". En la polémica

terció más tarde, G. del Vecchio, con su obra "Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino nella Rivoluzione Francese". También en su "Su la teoria del Contrato Sociale", Bologna 1906, obras editadas conjuntamente en español bajo el título, "Los derechos del hombre y el Contrato Social". Ob., cit.

Las etapas, según el profesor P. Lucas, de esta disputa se desarrollaron del modo siguiente:

- 1) Publicación de la traducción francesa de "La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de G. Jellinek", traducido por G. Fradis, avec un préface de M. F. Lornarde, Albert Fontemoing, Editeur, Paris, 1902.
- 2) Refutación a cargo de M. Botmy en "La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen et M. Jellinek". Annales des Sciences Politiques, Paris, 1902.
- 3) Réplica de G. Jellinek en la "Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen". Révue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger, T. XVIII.

(38) D. Mornet: "Les Origines Intellectuelles de la Révolution Française". Colin, Paris, 1933, pág. 389.

F. Mitti: "La democracia". Aguilar, Madrid, 1932, Tomo 1, pág. 43.  
"La democracia moderna es esencialmente norteamericana".

(39) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Ob., cit., tomo III. Pág. 48. Resume el autor las influencias teóricas de Locke, Montesquieu, Condorcet, White.

(40) G. del Vecchio: "Los derechos del hombre...". Ob., cit., pág. 12.

(41) C. Sánchez Viamonte: "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 14.

A. Soboul: "La Revolución Francesa". Traducción de E. Tierno Galván. Tecnos, Madrid, 1979, págs. 99 y Ss.

- J. Habermas: "Teoría y Praxis Social". Ob., cit., pág. 67.
- (42) C. G. Lefevre, R. Guyot, Ph. Signal: "La Révolution Française". Lib. Felix Alcan, París, 1939, pág. 45.
- A. Soboul: "La Revolución Francesa". Ob., cit., págs. 93 y sig., 122 y Ss.
- H. Marcuse: "Razón y Revolución". Ob., cit., pág. 83. Traducción de J. Fombona de Sucre. Alianza Editorial. Madrid 1976, pág. 83.
- (43) G. del Vecchio: "Los derechos del hombre". Ob., cit., pág. 67.
- A. Soboul: "La Revolución Francesa". Ob., cit., págs. 105 y Ss., 76 y Ss.
- E. Díaz: "La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa". Cuadernos para el Diálogo, extra nº XII, Madrid, págs. 39 y Ss.
- (44) L. Coretti: "Ideología y Sociedad". Traducción de A. A. Bozzo y J. R. Capella. Fontanella, Barcelona, 1975, pág. 245.
- P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Ob., cit., tomo III, pág. 47.
- (45) Sieyès: "¿Qué es el tercer Estado?". Introducción, traducción y notas de Francisco Ayala. Aguilar, Madrid, 1973, pág. 57.
- A. Soboul: "La Revolución Francesa". Ob., cit., págs. 451 y Ss.
- (46) Sieyès: "¿Qué es el tercer Estado?". Ob., cit., pág. 16.
- (47) P. I. Stucka: Nos dice, que el Derecho, que proclama la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, no fue un derecho para toda la humanidad, sino solamente de clase, un código de la burguesía (el Code civil). "La función revolucionaria del Derecho y del Estado". Prólogo de J. R. Capella, Península, Barcelona, 1969, págs. 31 y Ss.

Sieyès: "¿Qué es el tercer Estado?" Ob., cit., pág. 48.

A. Soboul: "La Revolución Francesa". Ob., cit., págs. 98 y Ss.

(48) C. Sánchez Viamonte: "Los derechos del hombre en la Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 13.

(49) A. De Tocquerille: "El Antiguo Régimen y la Revolución". Traducción castellana de Angel Guillén. Guadarrama, Madrid, 1969, págs. 33 y 34. Sin embargo, hoy se tiene en cuenta, lo que nos dice este autor sobre el significado de la Revolución: "La Revolución Francesa no tuvo solamente por objeto cambiar un gobierno antiguo, sino abolir la forma antigua de la sociedad, tuvo que atacar al mismo tiempo a todos los poderes establecidos, aniquilar todas las influencias reconocidas, borrar las tradiciones, renovar las costumbres y la moral y en cierto modo rociar el espíritu humano de todas las ideas sobre las cuales se había basado hasta entonces el respeto y la obediencia. De aquí su carácter tan singularmente anárquico".

G. Gurvitch: "L'idée du droit social". Scientia Verlag Halen, 1972.- París, págs. 269 y Ss. En el mismo sentido que A. Tocquerille escribe este autor que estas revoluciones no van dirigidas solamente contra el Estado Absoluto, sino que luchan contra los derechos gremiales y de grupo.

(50) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 45.

Aulard: "Histoire politique de la Révolution Française". Colin, Paris, 1926, pág. 782.

A. Mattiez: "La Revolución Francesa". Labor, Barcelona, 1935, pág. 24.

J. Jaures: "Historia Socialista de la Revolución Francesa". Primera Parte, 1789-1791. Prometeo, Valencia, pág. 238.

Del Vecchio: "Los derechos del hombre y el Contrato Social". Ob., cit., pág. 65.

P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Ob., cit., pág. 49.

- (51) E. Burke: "Reflexiones sobre la Revolución Francesa". Traducción y prólogo de E. Tierno Galván. Instituto de Estudios Políticos, Madrid. 1954.

M. Villey: "Critique des Droits de l'homme". En Anales de la Cátedra Francisco Lórez. Nº 12, fascículo 2, Granada, 1972, págs. 10 y Ss.

C. B. Macpherson: "The Political Theory of Possessive Individualism". 1st edition 1962. Publicado en Convenio for the Clarendon Press 1962, Oxford. Traducción de J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1970, pág. 81.

- (52) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Ob., cit., pág. 49.

F. Battaglia: "Estudios de teoría del Estado". Ob., cit., pág. 163.

G. del Vecchio: "La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano". Ob., cit., págs. 163 y Ss.

- (53) Art. 6 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789.

- (54) Art. 5 y 6 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

- (55) E. Tierno Galván: "Montesquieu". En el texto colectivo Estudios de pensamiento político. E. Tierno Galván y Raúl Morodo. Tucur, Madrid, 1976, págs. 103 y Ss.

- (56) H. J. Laski: "El liberalismo europeo". Traducción de Victoriano Miguelez. F. C. E. México, 1977, pág. 16.

- (57) E. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., págs. 97 y Ss.

- (58) H. J. Laski: "El liberalismo europeo". Ob., cit., pág. 12.

W. Abendroth y K. Lenk: "Introducción a la ciencia política". Ob., cit., págs. 59 y Ss.



- (59) H. J. Laski: "El liberalismo europeo". Ob., cit., pág. 16.
- (60) R. H. S. Crossman: "Biografía del Estado Moderno". Traducción de J. A. Fernández de Castro. F.C.E., México, 1977, págs. 66 y Ss.
- (61) E. Tierno Galván: "Estudios de pensamiento político". Vol. colectivo. Jucar, Madrid, 1976, pág. XVIII.
- Comentando el método Hobberiano, nos dice el citado profesor: "El método Hobberiano, hay una especie de igualdad en el tratamiento y atención respecto de las cosas que no sólo corresponde a un criterio pragmático, sino a una clara aversión al mecanismo intelectual de la escolástica".
- (62) C. B. Macpherson: "La teoría política del individualismo posesivo". Ob., cit., pág. 91.
- (63) E. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., págs. 134 y Ss.
- (64) Thomas Hobbes: "Leviathan or the matter form and power of a Commonwealth ecclesiastical and civil". Traducción de M. Sánchez Sorto. "Autobiografía de textos políticos del ciudadano-leviatan". Selección de textos e introducción por E. Tierno Galván, Tecnos, Madrid, 1976. C.X, pág. 117. C.XXX, pág. 203.
- (65) E. Tierno Galván: "Estudios de pensamiento político". Ob., cit., pág. XIII.
- El autor reduce toda la experiencia Hobberiana a este postulado esencial de su teoría política: "El hombre es un animal esencialmente egoísta, y la fórmula primera y fundamental de egoísmo es la supervivencia".
- (66) E. Tierno Galván: "Estudios de pensamiento político". Ob., cit., pág. XVI. "Es muy difícil asimilar a Hobbes a la tradición absolutista. Parece que este criterio nació de la historiografía política renacentista, sin embargo, los seguidores inmediatos Spinoza y Locke, llegaron a conclusiones democráticas partiendo de fórmulas de Hobbes". "Imaginamos un Estado en el que el poder estuviese en manos del soberano absolutamente, pero que se ejerciese democráticamente, con el consentimiento explícito de la mayoría".



- (67) Raúl Morodo, Manuel Pastor: "Lecturas de ciencia política (enfoques teóricos)". Tucar, Madrid, 1975, pág. 14.
- (68) J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 33 y sig.
- (69) E. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., pág. 139.
- J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 8 y Ss.
- (70) G. Sabine: "Historia de la teoría política". Traducción de Vicente Herrero. F.C.E., Madrid, 1978, pág. 343.
- C. B. Macpherson: "La teoría política de individualismo posesivo". Ob., cit., pág. 68.
- (71) J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., 1966, pág. 33.
- C. B. Macpherson: "Teoría política del individualismo posesivo". Ob., cit., pág. 91.
- W. Albendroth y Kurt Lenk: "Introducción a la ciencia política". Ob., cit., págs. 91 y Ss.
- (72) G. Sabine: "Historia de la teoría política". Ob., cit., pág. 347.
- J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 38 y Ss.
- (73) E. Tierno Galván: "Hobbes...". Ob., cit., pág. XV.
- (74) R. H. S. Crossman: "Biografía del Estado Moderno". Traducción de J. A. Fernández de Castro. F.C.E. Madrid, 1977, pág. 1977.
- T. Hobbes: "Leviatan...". Ob., cit., C.XXX, pág. 203.
- J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 39 y Ss.
- (75) T. Hobbes: "Leviatan...". Ob., cit., C.XXX, págs. 203 y Ss.
- (76) E. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., págs. 245 y Ss.

- (77) E. Tierno Galván: "Hobbes". Ob., cit., pág. XI.
- (78) E. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., pág. 251.
- J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 72 y Ss.
- C. B. Macpherson: "Teoría política del individualismo posesivo". Ob., cit., págs. 174 y Ss, 183.
- (79) J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., pág. 51.
- (80) J. Locke: "Ensayo sobre el gobierno civil". Traducción de Armando Lazero Ros. Aguilar, Madrid, 1980, págs. 44 y Ss.
- G. Subine: "Historia de la teoría política". Ob. cit., pág. 396 y Ss.
- (81) C. B. Macpherson: "La teoría política del individualismo posesivo". Ob., cit., pág. 182.
- (82) C. B. Macpherson: "La teoría política del individualismo posesivo". Ob., cit., págs. 197 y Ss.
- (83) C. B. Macpherson: "La teoría política del individualismo posesivo". Ob., cit., pág. 198.
- (84) J. Locke: "Ensayo sobre el gobierno civil". Ob. cit., pág. 99.
- (85) J. Locke: "Ensayo sobre el gobierno civil". Ob., cit., pág. 101 y Ss.
- (86) C. B. Macpherson: "La teoría política del individualismo posesivo". Ob., cit., pág. 210.
- (87) C. B. Macpherson: "La teoría del individualismo posesivo". Ob., cit., pág. 214.
- J. Locke: "Ensayo sobre el gobierno civil". Ob., cit., págs. 51 y Ss.
- (88) C. B. Macpherson: "La teoría del individualismo posesivo". Ob., cit., pág. 214.
- (89) A. Hariou: "Derecho constitucional e instituciones políticas". Traducción, adaptación y apéndice a cargo de J. A. González Cascinoros. Ariel, Barcelona, 1971, pág. 150.

- (905) J. Ruiz-Guimenez: "Protección de Derechos Humanos y reforma de las estructuras". Cuadernos para el Diálogo, nº extra XII, Madrid, 1968, págs. 9 y Ss.
- (91) C. B. Macpherson: "La teoría del individualismo posesivo". Ob., cit., pág. 220.
- G. Sabine: "Historia de la teoría política". Ob., cit., pág. 394 y Ss.
- (92) H. Geronzi: "El problema de la teorización, de la interpretación de clase del Derecho burgués". En el vol. colectivo, "Problemas de la transición: El caso chileno". Tucur, Madrid, 1975.
- (93) E. Tierno Galván: "Estudios de pensamiento político". Ob., cit., pág. 133.
- (94) Cotta: "Etudes sur le contrat social de J. J. Rousseau". Actes des Journées d'études tenues à Dijon les 3, 4, 5 et 6 mai 1962, págs. 13 y Ss.
- (95) Cassirer: "Filosofía de la Ilustración". 3ª edición. F.C.E. México, 1972, págs. 45 y Ss.
- L. Coletti: "Ideología e società". Laterza, Bari, Italia, 1970. Traducción de A. A. Bozzo y J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1975, pág. 205.
- (96) E. Gómez Arboleya: "Historia del pensamiento y de la estructura social". Ob., cit., págs. 428 y Ss.
- J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 76 y Ss.
- (97) J. L. Talmon: "The origins of the totalitarian democracy". Traducción de M. Cardenal. Aguilar, Madrid, 1955, págs. 59 y Ss.
- (98) J. Burdeau: "Le citoyen selon Rousseau". Actes des journées d'études tenues à Dijon les 3, 4, 5 et 6 mai 1962, Paris, 1964, págs. 114 y Ss.

- (99) Esta tesis está desarrollada por diversos autores, B. de Jourennel, "Rousseau the pessimistic evolutionist". Yale french studies, 1961-1962, XXVIII, págs. 23-86. También Iring Fetscher; "Rousseau politische Philosophie, zur geschichte der demokratischen". Freiheits, neuwied, 1960. Jean Fabre, "Réalité et utopie dans la pensée politique de Rousseau". Annales. J. J. Rousseau, 1959, 1962, XXXV, págs. 181-216:
- (100) L. Colletti: "Ideología, sociedad". Ob., cit., págs. 250 y Ss.
- (101) Taylor: "Studies on Voltaire and the eighteenth century". Génova. Vol. XXVII, pág. 562.
- (102) J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., pág. 79.
- (103) R. H. Crossman: "Biografía del Estado Moderno". Ob., cit., págs. 57 y Ss.
- (104) Hegel en su breve escrito de 1798, acerca del país de Voud (Wadflarde), teniendo presente los hechos que condujeron a la Revolución Norteamericana, la primera de las modernas en este sentido, escribió este último párrafo: El impuesto sobre el té, que introdujo el Parlamento inglés en Norteamérica, fue sumamente pequeño, pero el sentimiento de los norteamericanos de que con las sumas, completamente insignificantes, que hubiera costado el impuesto, se les habría escapado el derecho más importante, provocó la Revolución Norteamericana".  
Hegel: "La Constitución de Alemania". Introducción, traducción y notas de D. Negro Paron. Aguilar, Madrid, 1972, pág. XXXVI.
- (105) E. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., pág. 163.  
Alexis de Tocquerille: "El Antiguo Régimen y la Revolución". Ob., cit., pág. 41.
- (106) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 44.

- (107) A. Tocquerille: "El Antiguo Régimen y la Revolución". Ob., cit., pág. 47.

El autor ya lo advirtió con singular precisión. Mientras Inglaterra supo introducir modificaciones, poco a poco y con arte, en el viejo cuerpo medieval, dando vigor a las formas antiguas y haciendo que en ello cooperaran las fuerzas sociales nuevas; en Francia las antiguas formas fueron disolviéndose y cayendo en decrepitud y sobre ellas se alzó un poder político que aspiró a regir todo el conjunto desde un centro. Mientras que la Inglaterra del siglo XVII es ya una nación completamente moderna, en Francia existe una tensión entre tradición y modernidad".

R. H. S. Crossman: "Biografía del Estado Moderno". Ob., cit., págs. 116, 117.

A. Soboul: "La Revolución Francesa". Ob., cit., págs. 95 y Ss.

- (108) M. Duverger: "Instituciones políticas y derecho constitucional". Prólogo de Pablo Lucas Verdú a la 5ª edición española, dirigida por Jordi Solé-Tura, Ariel, Barcelona, 1970, pág. 295.

E. González Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., pág. 289.

A. Tocquerille: "El Antiguo Régimen y la Revolución". Ob., cit., pág. 51.

- (109) J. Habernas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 88 y sig.

- (110) R. H. S. Crossman: "Biografía del Estado Moderno". Ob., cit., pág. 131.

- (111) J. Habernas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 87 y Ss.

- (112) Taylor: "Studies on Voltaire and the Eighteenth Century". Génova, vol. XXVI, pág. 1.085 - 107.

- (113) R. H. S. Crossman: "Biografía del Estado Moderno". Ob., cit., pág. 133.



- (114) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". O., cit., pág. 47.
- (115) G. del Vecchio: "Los derechos del hombre...". Ob., cit., pág. 41.
- (116) Conviene señalar como hace, G. Gurvitch, que estas revoluciones no van dirigidas solamente contra el Estado Absoluto, sino contra los derechos de grupo, gremiales y consagran los del individuo. Los movimientos revolucionarios de los siglos XVII y XVIII van contra el grupo.
- G. Gurvitch: "L'idée du droit social". Ob., cit., págs. 269 y Ss.
- En el mismo sentido, A. de Tocquerille, al escribir que las revoluciones tuvieron por objeto aniquilar todas las instituciones reconocidas, borrar las tradiciones. "El Antiguo Régimen y la Revolución". Ob., cit., págs. 33 y Ss.
- (117) E. Gómez Arboleya: "Historia de la Estructura y del pensamiento social". Ob., cit., págs. 270 y Ss.
- Paul A. Boran y Paul M. Sweezy. "El capital monopolista". Siglo XXI. Traducción de A. Chávez de Yañez. Madrid, 1974, pág. 174 y Ss.
- (118) Francesco Olgiati: "Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto". Società Editrice Vita e Pensiero, 1934.
- (119) P. Biscaretti Di Ruffia: "Introducción al derecho constitucional comparado". Traducción de Héctor F. Zamudio. F.C.E. Madrid, 1979, pág. 665.
- (120) P. Lucas Verdú: "Socialismo y derecho constitucional". Revista de Ciencias Sociales (Sistema). Abril 1917. Madrid.
- (121) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 52.
- (122) A. Truyol y Serra: "Los derechos humanos". Tecnos, Madrid, 1977, págs. 21 y Ss.
- J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., pág. 82 y Ss.



- (123) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III, Ob., cit., pág. 52.
- N. Pérez Serrano: "Evolución de las declaraciones de derechos". Ob., cit., pág. 55.
- (124) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 69.
- (125) P. Biscaretti Di Ruffia: "Introducción al derecho constitucional comparado". Traducción de Héctor Fix Zamudio. F.C.E. Madrid, 1979, pág. 669.
- (126) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III, Ob., cit., pág. 53.
- (127) F. Battaglia: "Le Corte dei diritti". Firenze, 1946, pág. 98.
- (128) B. Mirkiné Guerzevitch: "Les tendances des déclarations des droits". Rapport présenté et discuté à la réunion de 1929 de l'Institut International de Droit Public dans l'Annuaire de Droit Public, Paris, 1930, págs. 265 - 281 - 326.
- P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III, O., cit., pág. 63.
- J. Habernas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 97 y Ss.
- (129) C. Ollero: "Democracia occidental y libertad". Cuadernos para el Diálogo. Extra XII. Madrid. 1968.
- (130) J. Habernas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 97 y Ss.
- (131) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 53.
- (132) J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., pág. 65.
- (133) N. Pérez Serrano: "Evolución de las declaraciones de derechos". Ob., cit., pág. 62.

- (134) N. Cerdá Medina: "Las actuales tendencias en materia de garantías constitucionales". Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Concepción (Chile), octubre - diciembre de 1962, pág. 37.
- (135) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 36.
- (136) A. Verdross: "Derecho internacional público". Traducción de A. Truyol y Serra. Aguilar, Madrid, 1972, pág. 506.
- (137) J. González Campos: "La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas". Texto colectivo, ONU, año XX, 1946 - 1966, Tecnos, Madrid, 1966, pág. 285.
- (138) A. E. Pérez Luño: "El proceso de positivación de los derechos fundamentales". En el texto colectivo, los derechos humanos, (significación, estatuto jurídico y sistemas). Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979, págs. 247 y Ss.
- (139) E. Tierno Galván: "Baboeuf y los iguales. Un episodio de socialismo premarxista". Tecnos, Madrid, 1967, págs. 123 y Ss.
- (140) A. E. Pérez Luño: "Estado de derecho y derechos fundamentales". En el texto los derechos fundamentales. Ob., cit., pág. 151.
- (141) R. García Cotarelo: "Los partidos políticos en los sistemas políticos europeos de posguerra". En el Vol. colectivo. "Los partidos políticos en España". Labor. Barcelona, 1979.
- (142) G. Gurvitch: "Les déclarations des droits sociaux". Vrin, París, 1946, pág. 79.
- (143) J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., págs. 128 y Ss.
- N. Pérez Serrano: "La evolución de las declaraciones de derechos". Ob., cit., págs. 86 y Ss.
- F. Murillo Ferrol: "Los derechos económicos y sociales". Cuadernos para el Diálogo. Extra nº XII, Madrid, 1968, págs. 15 y Ss.

- (144) F. Lasalle: "¿Qué es una constitución?". Traducción de Wenceslao Rosces. Ariel, Barcelona, 1976, págs. 97 y Ss.
- J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 91 y Ss.
- (145) M. Aguilar Navarro: "Significación histórica del año de los derechos humanos". Cuadernos para el Diálogo, extra XII, diciembre de 1968, Madrid, págs. 4 y Ss.
- L. Torres Boursault: "Cara y cruz de los derechos del hombre". Cuadernos para el Diálogo, extra XII, Madrid 1968, págs. 20 y Ss.
- (146) J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 95 y Ss.
- (147) J. Habermas: "Strukturwandel der Öffentlichkeit untersucht zu seiner Kategorie der bügerlichen Gesellschaft". Luchterhano Neuwied - Berlin, 1969, págs. 91 y Ss.
- A. Soboul: "La Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 451.
- (148) J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., pág. 105.
- I. M. Bochenski: "Los métodos actuales del pensamiento". Traducción de Raimundo Drudis, Rialp, Madrid, 1977, pág. 32.
- H. Marcuse: "Razón y Revolución". Ob., cit., pág. 349.
- (149) F. Battaglia: "Estudios de Teoría del Estado". Ob., cit., pág. 175.
- (150) E. Díaz: Prólogo al texto "Crítica del Derecho natural". Volumen colectivo. Taurus, Madrid, 1966, pág. 10.
- (151) J. Maritain: "Acerca de la filosofía de los derechos del hombre". Vol. colectivo. "Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración Universal". F.C.E. Buenos Aires, 1949, pág. 72.
- (152) G. Peces-Barba: "Textos básicos sobre derechos humanos". Edición preparada por Gregorio Peces-Barba Martínez. Universidad Complutense, Facultad de Derecho. Pág. 224.

- (153) E. Díaz: Prólogo al texto "Crítica del Derecho natural". Ob., cit., pág. 10.
- (154) A. E. Pérez Luño: "Estado de Derecho y derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 168.
- (155) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975, pág. 79. Escribe el autor, "los presupuestos económicos, sociales e históricos no sólo son distintos en el Estado social que en el liberal, sino contrapuestos".
- (156) J. Bentham: "Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution". Works, Bowring. New York, 1962, Vol. II, pág. 500.
- (157) J. Austin: "The Province of Jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence". Weidenfeld & Nicolson, London, 1968, pág. 184.
- (158) K. Bergbohm: "Jurisprudenz und Rechtsphilosophie". Glashütten im Taurus, 1973, págs. 181 - 182 y 407.
- (159) A. E. Pérez Luño: "El proceso de positivación de los derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 180.
- (160) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. III, Ob., cit., pág. 72.
- (161) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. I. Ob., cit., págs. 63 y Ss.
- (162) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 73.
- A. E. Pérez Luño: "El proceso de positivación de los derechos fundamentales". Ob., cit., págs. 180 y Ss.
- (163) B. de Castro Cid: "Humanismo jurídico y derechos del hombre en la obra de Luis Recaseus Siches". Anales de la Cátedra Francisco Suarez; nº 12, fascículo 2º, Universidad de Granada, 1972; pág. 276.

- (164) L. Legaz Lacambra: "Filosofía del Derecho". Bosch, Barcelona, 1975, pág. 726.
- (165) L. Legaz Lacambra: "Filosofía del Derecho". Ob., cit., pág. 679.
- (166) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. I. Ob., cit., pág. 101.
- (167) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 74.
- (168) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 75.
- (169) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 75.
- (170) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 22.
- (171) Rossano: "Considerazioni sull'equaglianza giuridica". Citado por G. Peces-Barba, Ob., cit., pág. 74.
- (172) G. Peces-Barba: "Socialismo y libertad". Sistema, nº 9, abril de 1975, Madrid.
- (173) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. II, Ob., cit., págs. 423 y Ss., 549 y Ss. y 608.
- P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. II, O., cit., págs. 538 y Ss.
- (174) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III, Ob., cit., págs. 76 y 77.
- (175) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 77.
- (176) La realización de los derechos fundamentales, depende fundamentalmente de las condiciones económicas, políticas y sociales; por ello, solamente la fórmula de Estado que realice la democracia a estos tres niveles, podrá garantizar la realización de estos Derechos.



- (177) C. Ollero: "Democracia Occidental y libertad". Cuadernos para el Diálogo, extra XII, Madrid 1968, págs. 49 y Ss.

G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 23.

- (178) E. Díaz: Prólogo al texto, "Crítica del derecho natural". Ob., cit., págs. 10 y Ss.

El positivismo empírico-analítico es realmente conservador, puesto que extrae los motivos de su crítica exclusivamente de una conservación de su propia tradición crítica. Este hecho lo pone en evidencia magistralmente, J. Habermas. "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 119 y Ss.

- (179) M. Bobbio: "El problema del positivismo jurídico". Traducción de E. Garzón Valdés. Eudeba, Buenos Aires, 1965, pág. 68.

- (180) M. Bobbio: "El problema del positivismo jurídico". Ob., cit., pág. 88.

- (181) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 66.

- (182) Citado por G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 55.

- (183) Citado por G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 89.

- (184) A. E. Pérez Luño: "El proceso de positivación de los derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 181.

- (185) E. Tierno Galván: "Baboeuf y los Iguales". Ob., cit., págs. 57 y Ss.

- (186) E. Tierno Galván: "Antología de Marx". Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1972, pág. 108.

L. Feuerbach: "La esencia del cristianismo". Traducción del original de J. L. Iglesias. Sígueme, Salamanca, 1975, pág. 39.

- (187) E. Tierno Galván: "Baboeuf y los Iguales". Ob., cit., pág. 57.

- (188) E. Tierno Galván: "Baboeuf y los Iguales". Ob., cit., págs. 70 - 71.



- (189) A. E. Pérez Luño: "El Estado de Derecho y derechos fundamentales". Ob., cit., págs. 153 y Ss.
- (190) M. Bobbio: "Esiste una dottrina marxista dello Stato?" y "Quali alternative alla democrazia rappresentativa?", en Mondoperaio, 1975, nº 8, 9, 10, recogidos en el vol. colectivo a cargo de F. Coen.
- (191) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 137.
- J. Habermas: "Strukturwandel der Öffentlichkeit, untersucht zueiner Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft". Ob., cit., pág. 59.
- (192) J. R. Capella: Introducción al texto colectivo "Marx, el Derecho y el Estado". Oikos-Tov. Barcelona, 1969, pág. 8
- (193) F. Lasalle: "¿Qué es una constitución?" Ob., cit., págs. 97 y Ss.
- F. B. Pasukanis: "Teoría general del Derecho y el moralismo". Presentación y traducción de Virgilio Zapatero, Labor, Barcelona, 1976, págs. 115 y Ss.
- H. Marcuse: "El marxismo soviético". Traducción de Juan M. de la Vega. Alianza Editorial, Madrid, 1967, págs. 276 y Ss.
- J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., págs. 91 y Ss.
- E. Tierno Galván: "Antología de Marx". Ob., cit., págs. 34 - 35, 99 y Ss.
- V. Cerroni: "La crítica de Marx a la filosofía hegeliana del Derecho público", en el texto colectivo, "Marx, el Derecho y el Estado". Introducción y traducción de J. R. Capella. Oikos-Tov, Barcelona, 1969, pág. 17.
- R. Miliband: "Marx y el Estado", en el texto colectivo, "Marx, el Derecho y el Estado". Ob., cit., pág. 49.
- P. Lucas Verdú: "Lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., págs. 138 y Ss.

- (194) P. Lucas Verdú: "Lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 138.
- (195) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 101.
- (196) E. Tierno Galván: "Acotaciones a la historia de la cultura occidental en la Edad Moderna". Tecnos, Madrid, 1964, págs. 318 y 319.
- (197) E. Díaz: "Estado de Derecho y sociedad democrática". Ob., cit., pág. 112.
- (198) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Cuadernos para el Diálogo. Madrid, 1973, pág. 104.
- (199) E. Díaz: "Estado de Derecho y sociedad democrática". Ob., cit., pág. 148.
- (200) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 105.
- (201) B. Wooton: "Libertad con planificación". F.C.E. México, 1946. Cita-  
do por el profesor P. Lucas Verdú en "La lucha por el Estado de Derecho".  
Ob., cit., pág. 105.
- (202) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 96.
- (203) Ibit, pág. 62.
- (204) Ibit, pág. 67.
- (205) Ibit, pág. 67.
- (206) Ibit, pág. 66.
- J. Capella; en la introducción al texto colectivo "Marx, el Derecho y Estado". Ob., cit., pág. 7.
- (207) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 95.

- (208) E. Díaz: "Estado de Derecho y sociedad democrática". Ob., cit., pág. 98.
- (209) E. Díaz: "Estado de Derecho y sociedad democrática". Ob., cit., pág. 143.
- (210) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 132.
- (211) E. Díaz: "Estado de Derecho y sociedad democrática". Ob., cit., pág. 148.
- (212) Ibit., págs. 143 y Ss.
- (213) J. Germain: "Proceso al capitalismo". Seix Barral, Barcelona, 1962, págs. 167 - 224.
- (214) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., págs. 131 - 132.
- (215) R. von Ihering: "La lucha por el Derecho". Estudios jurídicos, Helias-ta, Buenos Aires, 1974, traducción de A. González Posada, pág. 128.
- (216) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 132.
- (217) Ibit., págs. 23 y Ss.
- E. Díaz: "Estado de Derecho y sociedad democrática". Ob., cit., pág. 29.
- (218) Ibit., págs. 141 y 143.
- (219) Ibit., pág. 129.
- G. Peces-Barba: "Libertad, poder y socialismo". Civitas, Madrid, 1968, pág. 161.
- (220) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 131.

- (221) G. Peces-Barba: "Libertad, poder, socialismo". Ob., cit., pág. 153.
- (222) Ibit., pág. 153.
- (223) A. Pérez Luño: "Estado de Derecho y derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 89.
- (224) L. G. San Miguel: "La nueva utopía democrática". Cuadernos para el Diálogo, extra XII, págs. 43 y Ss.
- (225) G. del Vecchio: "Los derechos del hombre y el Contrato Social". Ob., cit., págs. 62 y Ss.
- F. Díaz: "La declaración de derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa (1789)". Ob., cit., pág. 46.
- V. Palazzolo: "Considerazioni sulle dichiarazioni di diritti". Giuffré, Milano, 1947, pág. 6.
- E. Tierno Galván: "Antología de Marx". Ob., cit., pág. 84.
- (226) I. Sotelo: "El socialismo democrático". Taurus, Madrid, 1980, pág. 37.
- (227) W. Abendroth: "Introducción a la ciencia política". Ob., cit., pág. 218.
- (228) K. R. Popper: "La miseria del historicismo". Traducción de P. Schwartz, Taurus, Madrid, 1961, pág. 68.
- K. R. Popper: "La sociedad abierta y sus enemigos". Traducción de E. Loedel, Paidós, Buenos Aires, 1967, Tomo II, pág. 264.
- W. Abendroth y K. Lenk: "Introducción a la ciencia política". Ob., cit., págs. 144 y Ss.
- P. I. Shoka: "La función revolucionaria del Derecho y del Estado". Ob., cit., págs. 42 y Ss; 349 y Ss.
- E. B. Pasukanis: "Teoría general del Derecho y el marxismo". Ob., cit., págs. 117 y Ss.
- V. Cerroni: "El pensamiento jurídico soviético". Traducción de Virgilio Zapatero y Manuel de la Rocha. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977, págs. 42 y Ss.

- (229) E. Tierno Galván: "La democracia en los países socialistas". Cuadernos para el Diálogo, extra XII, diciembre de 1968, pág. 52.
- H. Marcuse: "El marxismo soviético". Traducción de J. M. de la Vega, Alianza Editorial, Madrid, 1967, págs. 131 y Ss.
- (230) W. Abendroth y K. Lenk: "Introducción a la ciencia política". Ob., cit., págs. 125 y Ss.
- (231) E. Díaz: "Estado de Derecho y sociedad democrática". Ob., cit., pág. 47.
- (232) Raúl Morodo: "Grupos políticos y democracia". Cuadernos para el Diálogo, extra XII, Madrid, 1968, págs. 61 y Ss.
- (233) L. Duguit: "Las transformaciones del derecho (público y privado)". Traducción de A. G. Posada y Ramón Jaén y Carlos G. Posada. Heliasta, Buenos Aires, 1975, pág. 176.
- (234) Ibit., pág. 178.
- (235) H. Coing: "Fundamentos de la filosofía del Derecho". Traducción de J. M. Mauri, Ariel, Barcelona, 1961, págs. 162 y Ss.
- J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., págs. 22 y Ss.
- L. Legaz Lacambra: "Filosofía del derecho". Ob., cit., págs. 726 y Ss.
- (236) L. Duguit: "Las transformaciones del Derecho (público y privado)". Ob., cit., págs. 174 - 176.
- (237) E. García de Enterría: "Sobre los derechos públicos subjetivos". En "Civitas", Madrid, 1975, pág. 445.
- (238) A. E. Pérez Luño: "Delimitación conceptual de los derechos humanos", en el Vol. colectivo "Los derechos humanos". Ob., cit., pág. 27.
- (239) L. Duguit: "Las transformaciones del derecho público y privado". Ob., cit., pág. 177.

- (240) Carmelo Gómez Torres: "El abuso de los derechos fundamentales". En el Vol. colectivo "Los derechos humanos". Ob., cit., pág. 307.
- (241) E. Stein: "Derecho político". Aguilar, Madrid, 1965, pág. 242.
- (242) Ibit., pág. 243.
- (243) R. von Ihering: "La lucha por el Derecho". Ob., cit., pág. 79.
- (244) E. Díaz: "Legitimidad crítica y pluralismo ideológico". Anales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 15, 1975.
- G. Lukacs: "Legalidad - ilegalidad". Cuadernos de teoría Marxista del Partido Político, nº 12, Ediciones Pasado y Presente, 1975, México, págs. 133 y Ss.
- M. Weber: "Economía y sociedad". F.C.E. México, 1964, págs. 170 y Ss.
- Silvana Castignone: "Legalita, Legittimita, Legittimazione". Artículo publicado en Sociologia del Diritto Nº IV/1977-1, Giuffré, Milano, págs. 19 y Ss.
- (245) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 6.
- (246) "El derecho de propiedad ha variado en el Estado social de Derecho; se ha eliminado del Catálogo de derechos fundamentales; pero se mantiene su protección a nivel civil y mercantil, se ha limitado, pero los límites son poco precisos, y el hecho constante que se ha revelado en el ejercicio de este derecho sigue existiendo, su abuso". G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 123
- (247) V. Cerroni: "Esiste una scienza politica marxista?" Pág. 49, citado por A. E. Pérez Luño "Derechos humanos", ob., cit., pág. 171.
- (248) A. Soboul: "La Revolución Francesa". Ob., cit., pág. 142.
- (249) E. Díaz: "Sociología y Filosofía del Derecho". Taurus, Madrid, 1971, págs. 41 y Ss.



- (250) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 130.
- (251) N. Bobbio: "¿Qué es socialismo?" Traducción de Juan Moreno. Plaza y Janés, Barcelona, 1978, pág. 45.
- (252) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág. 243.
- (253) Ibit., pág. 63.
- (254) Ibit., pág. 65.
- (255) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 67.
- (256) G. Peces-Barba: "Libertad, poder y socialismo". Ob., cit., pág. 119.
- (257) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 68.
- (258) L. Duguit: "Las Transformaciones del Derecho..." Ob., cit., pág. 177.
- (259) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., págs. 177, 228.
- (260) Jorge de Esteban: "Constituciones españolas y extranjeras". Taurus, Madrid, 1977, Tomo II.
- (261) L. Duguit: "Las Transformaciones del Derecho ..." Ob., cit., págs. 178 y Ss.
- (262) Ibit., pág. 179.
- (263) A. E. Pérez Luño: Introducción al texto "Los derechos humanos". Ob., cit., págs. 7 y 8.
- (264) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 86.
- (265) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 120.
- (266) Pablo Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III, ob., cit., pág. 89.

G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 121.

(267) Morelli: "La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno". Giuffrè, Milano, 1966, págs. 151 y Ss.

J. Castán Tobeñas: "Los derechos del hombre". Ob., cit., págs. 20 y Ss.

A. Fernández Galiano: "Derecho natural". Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1977, págs. 152 y Ss.

L. Recasens Siches: "Tratado General de Filosofía del Derecho". Porrúa, México, 1965, págs. 596 y Ss.

(268) E. Stein: "Derecho Político". Ob., cit., págs. 140 y Ss.

(269) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Págs. 127 y Ss.

(270) Id. Duchacek: "Derechos y libertades en el mundo actual". Traducción de O. Monserrat, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pág. 15.

(271) Pablo Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Vol. III. Ob., cit., pág. 93.

G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 143.

(272) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., págs. 143 y 144.

SEGUNDA PARTE

EL ABUSO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

"Es evidente que una situación de crisis de las estructuras institucionales, la perspectiva de una ampliación de los poderes del juez que no sea cuidadosamente precisada y definida, corre el riesgo de inscribirse en una línea de tendencia dirigida a transferir a órganos no expresivos de la soberanía popular, la función de dirección política".

C. SALVI

Equità e rapporti di pro-zione.

Democrazia e diritto, nº 4  
1973, pág. 244.

1. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA DOCTRINA

GENERAL DEL ABUSO DE DERECHO

No pretendo realizar en este capítulo un estudio exhaustivo de la doctrina y posterior positivación de la figura del abuso, sino tratar de precisar mediante el estudio de esta teoría, cuáles han sido y son sus funciones reales y exponer los resultados de su aplicación.

Pero antes de entrar en el análisis de las funciones y en la exposición de los resultados, conviene precisar cuáles son los requisitos doctrinales para la aplicación de la figura del abuso de derecho.

La teoría del abuso de derecho surgió en su moderna significación, como una construcción de la jurisprudencia francesa. Representó desde los inicios una tentativa formal de adaptar el texto de la ley a las necesidades de la vida económica y social surgidos tras la Codificación.

Más tarde esta figura fue consagrada en la legislación alemana y suiza en cuyo modelo se han inspirado otras legislaciones.

Surge ésta, cuando se considera que el ejercicio de los derechos ha de mantenerse dentro de ciertos límites. Y éstos son agrupados por la doctrina civilista en dos categorías: a) límites intrínsecos que emanan del mismo derecho y b) límites extrínsecos basados en los derechos de los demás.

El abuso de derecho pertenece a esta primera clase de límites. Su teoría está basada en el "modo" de ejercicio de las facultades que la ley otorga a un sujeto, con el fin de que éstas se ejerzan de acuerdo con el propio derecho; por lo tanto, la razón de la existencia del abuso de derecho, surge de la ineficacia de los límites extrínsecos para lograr la finalidad que de la norma se pretende en cada momento.

Al no ser suficiente para lograr esta finalidad, según los autores partidarios de esta teoría, la aplicación de los límites extrínsecos, jurídicos, pensaron que en el ejercicio del derecho tenía que observarse otras precauciones, a parte de las de respetar las del orden jurídico impuesto por el Derecho objetivo.



El abuso de derecho es una de estas cautelas y la doctrina civilista ha establecido los siguientes requisitos para su aplicación:

a) Uso de un derecho objetivo y externamente legal.

- I. Que haya uso de un derecho; requisito exigible por definición, pues si tratamos de las consecuencias del abuso, es preciso el uso, para que exista áquel, dado que éste no es otra cosa que el uso desmedido.
- II. Que el uso sea aparentemente legal, de lo contrario estaríamos en el campo de la ilegalidad, que no es el del abuso, según la teoría general.

b) Daño de un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica. Esta es la finalidad formal, que, con la aplicación de esta figura, se persigue.

c) La inmoralidad o antisocialidad de este daño.

Sin embargo, en este tercer requisito, su concreción depende de cuál sea su criterio doctrinal que se mantiene como característico del abuso.

- I. En forma subjetiva. Se refiere propiamente a la intención del agente. Cuando el sujeto activo actúa con intención de perjudicar, es la manifestación más clara y característica del abuso.

Según este criterio, para que exista abuso, no basta que en su ejercicio se cause un daño, es preciso acudir también a la intención del agente y a su forma de actuación, y sólo cuando aquella sea la de perjudicar, o cuando aún sin serlo se extralimite en el ejercicio, o no adopte las debidas precauciones, deberá indemnizarlo; más según los partidarios del criterio subjetivo, si áquel sobreviene por accidente o de modo necesa-

rio por la naturaleza del derecho usado , habiéndose desenvuelto en sus límites normales y guardando las debidas precauciones, no existe abuso, ni obligación de indemnizar. Como expresa ENNECERUS (1), no basta con que el ejercicio del derecho tienda a producir un daño, sino que es preciso que no tenga más fin que éste; o que éste sea el fin principal.

- II. En forma objetiva existe abuso, cuando el daño proviene de un exceso o anormalidad en el ejercicio produciendo perjuicios a la sociedad o a la economía.

El exceso o anormalidad puede ser intencionado o fruto de la imprudencia o negligencia.

Este segundo criterio no se basa en la intención del agente, sino en las consecuencias del ejercicio contrarias al fin económico y social de la norma y/o el Ordenamiento.

Modernamente ha surgido otro criterio, fruto de la armonización de los dos anteriores, al que se denomina mixto (2).

2. ANTECEDENTES HISTORICOS

DE ESTA FIGURA

La finalidad de esta introducción histórica reside en intentar descubrir el hilo conductor de aquellas necesidades prácticas e inquietudes doctrinales, que han contribuido a dotar a la figura del abuso de derecho, de los perfiles que la caracterizan.

Este y no otro es el motivo que inspira esta introducción. No se trata de realizar un estudio amplio y detallado de los antecedentes históricos, sino de lograr una síntesis que nos pueda ayudar a precisar la finalidad y a comprender su significado.

## 2.1 Roma

Son muchos los autores que se han ocupado parcialmente en sus obras de los antecedentes remotos de esta teoría y también son muy numerosas las posiciones que se han adoptado al respecto.

Algunos niegan que exista antecedente alguno de esta teoría en Derecho Romano, y para ello, se apoyan en el principio general que en materia de ejercicio de los derechos subjetivos contiene el Digesto, Libro L, Título 17, fragmentos 55, 151 y 156, proclamadores del axioma, "qui jure suo utitur neminem laedit", es decir, que quien ejercita un derecho, basta con que respete los derechos ajenos, no los simples intereses.

El principio, "qui jure suo utitur neminem laedit", es general, inspirado en el estoicismo.

La Ciudad-estado había desaparecido, la filosofía de Aristóteles y Platón no servía para fundamentar el derecho y el Imperio romano que se extendía por todas las tierras conocidas. La ley natural, es decir, la recta-ratio, la razón coincidente con la naturaleza humana es lo común a todo el imperio, ni el Senado, ni los pueblos pueden atentar contra ella. La ley está por encima del Estado, no es distinta ni en Roma ni en Atenas, ni ahora ni después, sino que abarca a todos los pueblos, a todos los tiempos, como una ley única, eterna e invariable, esto es, el yusnaturalismo romano basado en el logos de la razón divina. El derecho era racional, universal, inmutable y divino (3).

Cuando surge un cambio económico, social y político que haga necesaria una reforma del Ordenamiento jurídico, el primer derecho que se modifica es el de la propiedad privada. La forma de regularse el derecho de propiedad, vincula a todo el ordenamiento. Consecuentemente, es en el derecho de propiedad donde está el origen de la aplicación de la teoría del abuso.

Por lo tanto, nada más lógico que analizar el significado y alcance del derecho de propiedad en Roma para ver si existieron antecedentes, aunque sean remotos, de esta figura.

Algunos autores alegan que no existe en Derecho romano una definición de la propiedad y que ésta se caracteriza como la más liberal e individualista para quien guarde consideración de los vínculos de Derecho público (4).

Hay quien, por el contrario, tiene la convicción de que los romanos definieron expresamente el derecho de propiedad como la facultad de usar, disfrutar y abusar de las cosas (yus utendi fruendi et abutendi). Por el contrario escribe E. F. Camus, "los romanos no definieron el derecho de propiedad (dominus proprietas, municipium), adoptando así una actitud de acuerdo con el carácter de su legislación. La definición dominus est ius utendi atque abutendi ver sua, quatenus iuris ratio patitur, no es romana. Pero analizaron su contenido, determinando las diversas facultades que implica este derecho, y al mismo tiempo, sentaron sus límites legales. Los romanistas, sin embargo, han pretendido suplir esta omisión dando conceptos de la propiedad fundados más o menos en las fuentes" (5).

Eugène Petit, nos dice en el mismo sentido: "Los jurisconsultos romanos no definen el derecho de propiedad... se limitan a estudiar los diversos beneficios que se obtienen de la propiedad. El usus y el fructus (añade en una nota al pie de página), están netamente distinguidos en los textos: Cayo... Ulpiano... Pero, por abusos, los jurisconsultos romanos sólo reconocen el derecho de consumir una cosa por el uso" (6).

De la misma opinión es, como hemos visto, el profesor Iglesias. Pero a pesar de no existir una definición de la propiedad, ésta se caracteriza en Roma por su individualismo y señoría absoluto. La propiedad romana, entraña un poder tan amplio que no es posible reducir a un cuadro la serie de facultades que encierra. Todo lo que está en el ámbito de la antigua familia, así las personas como las cosas, se someten a un poder soberano.

Los límites que existían en el ejercicio de la propiedad, al menos de una forma expresa, eran extrínsecos, ya fuera por razones de vecindad según



se buscasen en el interés de los fundos colindantes, o de humanidad en el tratamiento de los esclavos, existiendo también límites legales por el interés público.

Las XII Tablas establecen, en favor del dueño de un fundo, el derecho a entrar dentro del fundo vecino para recoger la bellota del propio árbol caída de éste.

Por disposición Pletoriana, que tiene precedentes en las XII Tablas, se dispone, que si un árbol proyecta sus ramas desde un edificio sobre el edificio vecino, puede éste pedir la corta de aquel. Y en caso de no ser atendido, talarlo él mismo y hacerlo propio (7).

Entre las limitaciones de Derecho público tenemos: la del propietario que no puede demoler un edificio para especular con los materiales. Sin embargo, no existe en la época clásica un precepto legal que reconozca el derecho del Estado a privar a un ciudadano, por razones de interés público, de su propiedad (8).

Pero a pesar del principio general anunciado de las fuentes romanas, de la no existencia de una definición romana de la propiedad y del carácter individualista e ilimitado que tiene en enunciado de sus derechos, hay autores que se inclinan por reconocer una prohibición general a los actos de emulación en Derecho romano (9).

Por el contrario, en la opinión de Juan Iglesias, "no es romana clásica la prohibición de los llamados actos "ad aemulationem", esto es, aquellos que realiza el propietario no con aires a su propia utilidad, sino con la sola intención de perjudicar al vecino (ánimo nocendi).

El principio de tolerancia de tales actos está claramente afirmado por los clásicos, "qui iure suo utitur neminem laedit". Lo que no quiere decir, que cuando el propietario invade la esfera de libertad del vecino, pueda resultar una actuación ilícita" (10).

Rotondi, a partir del examen del Corpus Iuris, llega a la conclusión de que ni en el derecho clásico ni en el Justiniano, existe una prohibición general de la emulación (11).

Sin embargo, son muchos los autores que aún admitiendo la falta de antecedentes expresos, ven en alguna teoría, cuando no en la Jurisprudencia romana, los antecedentes remotos de la doctrina que estamos estudiando.

Parece cierto que no hubo una prohibición general, lo que no quiere decir es que se reconociera en algunos casos para prohibirlo. Así nos dice Collin y Capitant, "en el propio Digesto, se encuentran algunos pasajes, en los que se contiene esta afirmación, tales como: libro VI, título 1, fragmento 38, que prohíbe el ejercicio del Ius Tollendi cuando no tenía más fin que dañar a otro y la ley 1, párrafo 12, libro XXXIX, título 3, que prohibía la excavación de una fuente para desviarla, si se ha obrado ánimo veino nocendi" (12).

Casso y Cornil, ven un claro antecedente de la teoría del abuso en una fórmula del Jurisconsulto Gayo, cuando para justificar la interdicción de los pródigos y la prohibición a los dueños de maltratar a los esclavos, proclama, que no debemos hacer mal uso de nuestros derechos: male enim nostro iure uti non debemus (13). Otros autores entienden que es posible admitir la existencia de una serie de limitaciones de los derechos y que éstos están mantenidos en la lex Baconia del año 515 y en la Lex Julia, basadas en el principio de protección del débil frente al fuerte (14).

De todo lo dicho, parece evidente que en la legislación romana no existe un límite intrínseco en el ejercicio de los derechos; los actos "ab aemulationem", se inscriben, como dice el profesor Iglesias, dentro de la categoría de actos ilícitos, al concurrir en todos ellos el animus nocendi.

Lo mismo puede opinarse del control público que ejercía el Censor sobre la propiedad, al privar de su dominio a aquellos que no la cultivaron o hicieron mal uso de ella.

Sin embargo, en la jurisprudencia sí existen indicios, aunque remotos, de la aplicación de una doctrina parecida al abuso.

En la práctica, ya sea para la solución de conflictos entre normas, por exigencias éticas, cuando no, como consecuencia de la adaptación del Ius Civile, al evolucionar las exigencias de la sociedad, determinaron que las decisiones de los tribunales tuvieran la necesidad de aplicar teorías semejantes a las del abuso.

De la misma opinión es S. Ricobonno, sosteniendo que se fue aplicando este límite intrínseco en la práctica Jurisprudencial (15). Y también el profesor Carmelo Gómez Torres, ve en la Jurisprudencia romana la paternidad, aunque sea remota, del abuso de derecho (16).

De todo ello se desprende que dados los caracteres del derecho de propiedad, individualista e ilimitado, no existiera, para no contradecir el principio general consagrado en la máxima: qui iure suo utitur neminem laedit, una norma que positivizara principios semejantes, con carácter general, a los del abuso.

Sin embargo, la evolución experimentada en Roma en los años sucesivos, hace posible y previsible que surgiera la necesidad de utilizar teorías pragmáticas que en la práctica solucionaran las contradicciones, conflictos o lagunas, que surgían entre la vieja legislación romana y las nuevas condiciones sociales.

Algo parecido ocurrirá más tarde con los ordenamientos que surgen del triunfo de la Revolución burguesa en Europa, derechos tan individualistas o más ilimitados que los romanos y que, sin embargo, tal como prevemos pasó en Roma, no existió más remedio que reconocer a mitades del siglo XIX por la práctica jurisprudencial la teoría del abuso, como fórmula que permita dulcificar el extremismo de los derechos que se declaraban.

## 2.2 Edad Media

El significado y alcance de la propiedad en el Derecho intermedio es distinto y es en esta época donde podemos encontrar antecedentes de lo que más tarde será la doctrina general del abuso de derecho.

Con el nacimiento del cristianismo chocaron en amplios sectores del mundo romano dos grandes culturas, la herencia de la antigüedad clásica y el cristianismo. Las ideas que en Platón se situaron en un lugar supracelste son situadas por el cristianismo en el Espíritu de Dios; todo el Derecho Natural de la Edad Media, está basado en el principio cristiano de la voluntad divina y no de la "razón".

Con la invasión de los pueblos bárbaros y el fraccionamiento del Imperio de Occidente, se provoca una dispersión cultural; siendo la Iglesia, de las pocas instituciones que sobreviven a las turbulencias de aquella larga etapa, y la escolástica es su filosofía que somete al medioevo a un estéril oscurantismo religioso.

La ley natural es la voluntad de Dios, la ley jurídica concreta en el mundo esta ley natural, por ello la escolástica, será el fundamento del Derecho y del Estado en la Edad Media.

La concepción que el hombre tenía de la propiedad durante esta época estaba subordinada al gobierno de la Ley.

Los gremios eran los que determinaban el justo precio de los productos y la usura estaba prohibida. No puede negarse, que en la Edad Media también se produjeron éstos y que existía la usura como medio de enriquecimiento. Pero la tradición cristiana lo combatía y tanto los reyes como la Iglesia seguían esta conducta tradicionalista.

Había una economía estable, puramente localista, se podía permitir la limitación de la iniciativa individual porque no existía capitalismo. El cristianismo elabora un nuevo concepto de equidad, el ejercicio de los dere-

chos produce problemas de conciencia que se resuelven por la ley divina. La intención, la buena fe, son criterios que la Escolástica introduce para resolver conflictos.

Esta nueva fundamentación filosófica basada en el mandato divino, pone en entredicho el principio "qui iure suo utitur neminem laedit", adquiriendo una importancia decisiva la prohibición de los actos de emulación (17).

La prohibición de los actos de emulación está basada en criterios morales, y es en todas aquellas concepciones sociales sustentadas en la religión y la moral donde se incluyen criterios éticos para limitar el ejercicio de los derechos.

Otro ejemplo de lo dicho, lo tenemos en el Derecho musulmán, donde se ha ido desarrollando históricamente una auténtica teoría del abuso de derecho (18).

En los países musulmanes se interconectan la religión, la moral y el Derecho; la intención es también elemento constitutivo de aquel ordenamiento, concretándose en la dialéctica bueno y malo, categorías que establece la religión y la moral (19). Si contemplamos la revolución que actualmente existe en el Irán, apreciamos claramente la fundamentación religiosa de todo el nuevo ordenamiento, hasta el punto de que el ejercicio de todos los derechos queda limitado por la interpretación que realizan del Corán, el estamento religioso.

En la Edad Media aumenta la prohibición de los actos "ad emulationem" y de esta forma, el poder del Papado interviene en la resolución de los conflictos mediante el análisis de las intenciones. Al basarse las intenciones en categorías religiosas y morales, la Iglesia dictamina sobre las intenciones lícitas e ilícitas.

La legalidad o ilegalidad de un acto es el criterio que predomina en la Roma de los Jurisconsultos; en la Edad Media se añade el criterio de la intención como la fórmula que permite intervenir a la Iglesia en la resolución de los conflictos.

### 2.3 El liberalismo y la doctrina del abuso de derecho

La expansión del comercio internacional, los progresos de la ciencia y la tecnología, necesitaban de la iniciativa individual y pronto los emperadores, reyes y papas comenzaron a depender de la burguesía.

La corrupción de la Iglesia denunciada por Lutero, y contra la cual se dirigió todo el movimiento de la Reforma, fue el resultado inevitable de esta contradicción entre la moral predominante y el sistema económico de la época.

A la Iglesia que ha sido la institución más rica del mundo, le fueron confiscadas sus riquezas, distribuyéndose entre los nuevos ricos. La teoría medieval de que el derecho de propiedad aplicaba deberes correspondientes, desapareció con la jerarquía de las clases feudales, y los nuevos dueños de la sociedad comenzaron a considerar a la tierra como bien movilizable capaz de ser vendido y comprado como cualquier otra mercancía. La propiedad privada empezará a tener el carácter de exclusiva. Esta revolución económica fue acompañada por el cambio revolucionario en la industria y hacía falta acomodar su religión, su ley, y su moral social a estas nuevas condiciones.

Juan Calvino y las clases medias fueron elaborando gradualmente la filosofía de la industria, ahorro y buenas intenciones que vino a ser la base de la confianza comercial, y de la iniciativa privada en Inglaterra y Norteamérica (20).

El espíritu individualista resurgía eliminando las limitaciones que existían en el ejercicio de los derechos fundamentales, y al poder de la Iglesia, que era un obstáculo a la libre iniciativa y expansión comercial. Consecuentemente, la doctrina del abuso de derecho va a seguir puntualmente los avatares de ese proceso cuyos principales puntos de inflexión vienen respectivamente representados por la negación de cualquier límite al ejercicio de los derechos subjetivos que se produce en la fase álgida del individualismo, y por las progresivas tendencias intervencionistas que como reacción al indivi-



dualismo se van difundiendo a lo largo del siglo XIX, y en cuyo ámbito debe situarse la aparición de la figura del abuso de derecho, propiamente dicha.

### 3. CONSAGRACION DE LA FIGURA DEL ABUSO DE DERECHO

Con el ascenso de la burguesía al poder, los principios extremistas de la Revolución, ya no tenían razón de ser, y por otro lado, en la práctica, era imposible sostener estos principios. Estas dos razones, la necesidad de limitar el ejercicio de los derechos, necesidad consustancial al propio derecho y una necesidad de intervención de la burguesía en la resolución de los conflictos, fueron las que forzaron el desarrollo, en un principio de una forma gradual e indirecta que no supusiera contradicción con los presupuestos del liberalismo, de la teoría general del abuso de derecho.

La primera manifestación legal de este antecedente, nos lo ofrece, el Landsrecht prusiano de 1794, que en el artículo 27, del título 6, señala que se debe reparar el daño causado, cuando resulte de las circunstancias que entre varios modos posibles de ejercicio del derecho se ha optado por aquel que es dañoso para otro, con la intención de perjudicarlo (21). Este y otros artículos del citado Código, se convirtieron en el punto de partida para la definitiva consagración de la idea de abuso de derecho en el artículo 226 del código civil alemán de 1896, gracias a la actividad de la comisión del Reichstag que influyó decisivamente (22). Este antecedente prusiano, es debido a que en el código existen medidas diferentes para consagrar las facultades individuales. El francés, por ejemplo, concibe al individuo y su derecho, al margen del Estado y de toda relación de Derecho público. Al mismo tiempo el idealismo alemán, como dice E. Sánchez Arboleya, tiene especiales características. El idealismo alemán es la gran teoría de la libertad (23).

Por ello hay que ver propiamente el origen de la teoría general del abuso de derecho, tal como la concebimos hoy, no en el antecedente alemán, si no en la Jurisprudencia francesa y belga.

La primera sentencia donde se consagra esta teoría de una forma expresa y con los caracteres modernos, que luego se generalizan, es en la resolución del tribunal de Colmar, de 2 de mayo de 1855 (24). En ella se afirma: el derecho de propiedad, así como el ejercicio de cualquier derecho, "doit

avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et legitime (...)".

En dicha sentencia, no se niega que el derecho de propiedad sea absoluto, sino que se le impone a su ejercicio, un límite; el satisfacer intereses serios y legítimos.

También el fallo conocido con el nombre de Clément Bayard contribuyó de forma decisiva a la penetración de la figura del abuso (25). En este caso el tribunal de Compiègne, proclamó: que el titular de un derecho no puede ejercitarlo, "en vue d'un but autre que celui pour lequel il lui a été reconnu par le législateur à autrui" (26).

Esta tendencia jurisprudencial a la aplicación de la teoría del abuso fue en aumento, ampliando su ámbito a los demás derechos civiles.

El abuso en esta primera fase, representa un término hábil para salvar el profundo abismo que media entre las concepciones individualistas y las necesidades prácticas. El intervencionismo estatal como medio para conciliar los intereses individuales como las reivindicaciones sociales, tiene su primera manifestación en estas decisiones de la jurisprudencia francesa y belga, al aumentarse con esta doctrina el poder del juez y por tanto el poder del Estado, asumiendo éste el papel de regulador y controlador de las relaciones privadas.

La teoría del abuso de derecho, como límite intrínseco al ejercicio del derecho de propiedad, es la primera manifestación clara de la crisis del liberalismo, del cambio político, económico y social de mitades del siglo XIX.

Toda crisis y todo cambio, tiene su manifestación más clara y su origen, en la forma de regular la propiedad privada. La frase de Hegel sigue siendo correcta, "el derecho de propiedad es el centro alrededor del cual gira toda la legislación".

Esto explica porqué instituciones, cuya materia pertenece al ámbito constitucional al afectar a todo el ordenamiento, como la figura del abuso de

derecho, al ser el derecho de propiedad el primero que sufre y revela los cam  
bios, y por lo tanto el primero al que se le aplican las nuevas doctrinas, es  
tas instituciones sean precisadas, teorizadas, construidas por teóricos del  
Derecho privado, en este caso civilistas. Es decir, que siendo materias cons  
titucionales han sido y son reguladas con categorías del Derecho civil, por-  
que su primer ámbito de aplicación fue el derecho de propiedad.

Por ello es necesario corregir este error inicial, al ser hoy el ámbi-  
to del abuso de derecho más amplio que el derecho de propiedad, y estudiar es  
ta figura desde presupuestos del derecho constitucional.

4. FASES EN QUE PUEDE DIVIDIRSE  
LA EVOLUCION DE DICHA TEORIA



La elaboración teórica y doctrinal de la noción del abuso de derecho, se debe casi por entero, prescindiendo de sus antecedentes más o menos próximos, a la producción jurisprudencial y científico-jurídica de los doctos franceses y belgas (27).

#### 4.1 Fase jurisprudencial

A partir de la sentencia del tribunal de Colmar de 2 de mayo de 1855 (28) se generaliza en Europa el estudio de esta institución y se amplían, aunque de una forma limitada y fragmentada sus aplicaciones jurisprudenciales.

En esta primera fase jurisprudencial, el criterio que define a esta doctrina es el de la intención de dañar o la ausencia de interés legítimo, es decir, un criterio subjetivo, basado en la búsqueda del motor impulsor del obrar de la gente.

Más adelante ya empiezan a realizarse estudios para una sistematización doctrinal de esta práctica jurisprudencial, precisando su función como instrumento de conciliación legal entre las necesidades sociales e individuales (29).

Es decir, lo que había empezado a ser una práctica jurisprudencial que por necesidades prácticas y no teóricas, se veía obligada a la aplicación de fórmulas que dulcificasen y armonizasen el ejercicio de los derechos; después de este período que sirvió de experimentación, se observa que esta doctrina constituye un instrumento muy eficaz para la finalidad conciliadora del Estado intervencionista.

Este auge de la doctrina del abuso conduce a la segunda fase en el proceso de evolución, es decir, la de su positivación.

#### 4.2 Fase positiva

A principios del siglo XX ya eran muchos los países, que bien por consagración legislativa, bien por labor de la jurisprudencia, aplicaban este límite intrínseco en el ejercicio de los derechos civiles. Así, Alemania (30), Suiza (31), Turquía (32), China (33), Rusia (34), Brasil (35), Francia (36), y más tarde España (37), etc..., de una forma u otra contemplarán este límite.

En los ordenamientos de otros países, no consta expresamente el término de abuso de derecho, pero se ha ido aplicando mediante una interpretación extensiva de los códigos legales. Un ejemplo lo tenemos en nuestro país, antes que se positivara, en el que la teoría del abuso se introdujo también, por vía jurisprudencial, pero casi cien años después del famoso Arrêt de la Court de Colmar de 1855 (38), cerca de medio siglo después de que la teoría tuviera entrada en el B. G. B. Alemán párrafo 226 en el que se afirma: "El

ejercicio de un derecho no está permitido cuando no puede tener otro fin que causar daño a otro" (39), y en el código suizo, y una vez que había sido perfilada la doctrina científica extranjera e incluso española; aunque, ésta se limite prácticamente a los trabajos de Calvo Sotelo y De Caso (40) quienes trazaron, de acuerdo con las tesis foráneas más recientes, una síntesis de las mismas, la cual precedió a la aplicación jurisprudencial, demostrándose la influencia que tuvieron estos autores, pues la primera sentencia que consagra esta doctrina en nuestro país, el 14 de febrero de 1944, cita constantemente el trabajo de Calvo Sotelo.

El progresivo descrédito de las ideas individualistas a que provocan las necesidades económicas modernas, había de influir en los problemas más generales del Derecho (41), la necesidad de perfeccionamiento de este límite para servir más eficazmente como instrumento para la política del Estado intervencionista, hace que esta institución pase a reposar sobre un criterio social y no subjetivo, que afirme la relatividad de los derechos y de su ejercicio. Se sustituye el criterio subjetivista por el objetivo de la finalidad. La dimensión social se establece como criterio definidor del abuso.

El ámbito de aplicación también evolucionó. En la segunda mitad del siglo XIX, se aplica con mayor frecuencia esta limitación, empezando a constituirse independientemente de la desviación de poder (42), recayendo casi exclusivamente sobre el derecho de propiedad, derecho donde se manifiesta con mayor vigor el individualismo (43). A finales del siglo pasado y principios del presente, se consolida, como hemos dicho, la teoría del abuso, extendiéndose su ámbito de influencia no sólo a otras instituciones del derecho civil (familias, contratos, etc...), sino intentándolo también a otras ramas del Derecho, tales como, Derecho laboral, Derecho procesal (en especial en el ejercicio temerario de acciones), administrativo (44) y finalmente constitucional (45).

Es lógico que haya sido la jurisprudencia, la primera en plasmar esta doctrina, por sus contactos con los problemas reales y como fórmula de experimentación, ya que en aquel tiempo, el reconocimiento positivo inmediato de este límite, suponía una contradicción con la fundamentación yusnaturalista que, empezaba a estar desacreditarla, pero seguía vigente. Una vez probada la utilidad de este límite en la defensa de los intereses de lo que empezaba a ser esta forma de Estado.

Superada también la fundamentación yusnaturalista mediante el descrédito de las ideas individualistas, como consecuencia las nuevas necesidades del mercado, pudo darse el paso a su positivación, perfeccionando al mismo tiempo los criterios de aplicación en Occidente en función de su mayor utilidad como instrumento de conciliación entre los intereses sociales e individuales y como fórmula de intervención del Estado en la resolución de los conflictos.

5. DISTINTOS CRITERIOS DOCTRINALES  
QUE DEFINEN A ESTA TEORIA

Esta teoría, como es natural, en todas sus fases fue precedida de doctrinas muy diversas, que para su sistematización clasificaré en dos: tendencias contrarias y tendencias favorables.



### 5.1 Tendencias contrarias

La denominación abuso de derecho ha sido, por un lado objeto de las más acerbas censuras por estimarse que encierra una contradicción interminis. Planiol comenta, que "La fórmula uso abusivo de derecho es una logomaquia.

El derecho cesa donde el abuso comienza. Un acto no puede ser a la vez conforme y contrario al derecho" (46). Con los mismos argumentos nos dice Pascual Martínez Pérez: "El término abuso de derecho engendra en sí una contradicción irreconciliable, ya que los términos abuso y Derecho son antagónicos". Los derechos para Planiol no son absolutos, sino limitados, el titular queda sin derecho si excede de estos límites, lo necesario es precisarlos por el legislador, por la norma positiva; una vez logrado esto no será necesario que surja, ni que se intente aplicar el abuso.

Para Planiol, el abuso es un vicio consecuencia de la falta de precisión de los límites; una vez subsanado este vicio, el abuso se hace superfluo, "negar el uso abusivo del derecho, dice Planiol, no es aprobar los actos dañosos que la jurisprudencia ha reprimido. Es solamente afirmar que el acto abusivo no puede ser el ejercicio de un derecho; que el abuso del derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito" (47).

Para este autor el convertir un acto legal en ilícito por la intención, es ir contra la ley de la naturaleza, que se concreta en la lucha de unos contra otros. Los hombres, según esta ley tienen el derecho a dañarse, siendo esta lucha el principal estimulante del progreso. Es tan imposible considerar un acto como ilícito por la intención, como obligar a aquel que triunfa a indemnizar a sus competidores desgraciados (48). Planiol combate el abuso de derecho, al considerar que atenta, con su criterio de la intención o de la finalidad, a las reglas esenciales del derecho capitalista; la libre competencia.

Otro autor negador de la posibilidad del abuso de derecho es Ripert. Al contrario que Planiol, no ha mantenido sin embargo una trayectoria uniforme. Expresa su criterio diciendo que el abuso había de considerarse simplemente como un elemento de la responsabilidad civil (49).

Para Ripert, el autor es responsable en unos casos por la teoría de riesgo, en otros si el ejercicio, normal en apariencia, está motivado por la intención de dañar o carencia de utilidad, pero siempre introduciendo el abuso como un nuevo caso de responsabilidad civil.

Desserteaux también coincide con los anteriores en negar esta teoría (50). Para éste, abuso y conflicto es lo mismo.

También Baudry-Lacantinerie y Barden, se muestran adversarios de toda concepción del abuso de derecho, y lo combaten utilizando los argumentos de Planiol, cuando se basa en criterios subjetivos, bien sea el de la intención o el de la ausencia de fin legítimo y los de Desserteaux, cuando el abuso está sustentado en criterios objetivos de la finalidad (51).

El primero rectificó su inicial posición en una obra que canalizaba el contrato de empleo.

Duguit también rechaza la teoría del abuso, "debemos reconocer - dice - que abusar de la propiedad y excederse en los límites son una misma cosa" (52).

Para Duguit, el vicio que representa la doctrina del abuso es consecuencia de la idea de derecho subjetivo, "Que se rechace la palabra y la idea de derecho subjetivo y se rechazarán a la vez todas las controversias y sutilezas que se han acumulado sin razón y sin provecho" (53).

Duguit, va más allá de la simple negación de la teoría del abuso, ésta es consecuencia, con las ideas mantenidas en su obra, de negar la existencia de derechos subjetivos (54).

Alfred Martín, al contrario que los autores anteriores, no combate la teoría con principios legales, sino por ir en contra de las consecuencias de la aplicación de esta teoría. Considera inadmisibles la teoría del abuso, por ver en ella un peligro para el orden público, al tender a socializar y moralizar al Derecho. Lo único que podemos decir al respecto es que efectivamente, la doctrina del abuso de derecho, como instrumento conciliador del Estado intervencionista, introduce formalmente la dimensión social en el Derecho, aunque no podemos llamarla, como hacen muchos autores, socialización.

Estos son algunos autores, y las objeciones más repetidas en contra de la doctrina general del abuso de derecho. En mayor o menor medida todas ellas se basan en una contradicción terminológica o conflicto entre figuras afines. Campion, señaló la superficialidad de alguna de estas objeciones, y para eliminarlas cambió la expresión abuso del derecho por la de ejercicio antisocial (55). Admite que el abuso es una forma consagrada por el uso y reconoce la relatividad de los derechos subjetivos, siendo la doctrina del ejercicio antisocial un elemento para su transformación.

Otro autor que rechaza la teoría del abuso de derecho es Angel Gustavo Cornejo (56), en su obra nos dice "La teoría del abuso de derecho no tiene, como se ha visto, una base sólida. El criterio de calificación fluctúa de la intención de dañar a la falta de interés o a la contradicción, a la finalidad de los derechos o a la irregularidad de su ejercicio. La naturaleza jurídica del abuso es igualmente incierta, fluctúa entre una simple extralimitación de las facultades inherentes a un derecho subjetivo y la ilicitud calificada, con la consiguiente responsabilidad objetiva".

La indeterminación del principio deja amplio campo a la arbitrariedad judicial en su aplicación. Al criterio experimental, seguro de la ley, se superpone el criterio inseguro del juzgador.

Su introducción como norma del derecho positivo comporta un quebrantamiento de la ley fundamental jurídica que es la seguridad social.

Desde otra perspectiva y por otros motivos nosotros, como veremos más adelante, llegamos a conclusiones parecidas a las posiciones mantenidas por L. Duguit, Angel Gustavo Cornejo y Planiol; aunque ellos realizan una crítica a esta teoría desde posiciones clásicas del individualismo y nosotros la realizamos desde categorías socialistas.

La polémica entre los partidarios y adversarios de esta doctrina, podríamos centrarla en dos autores Planiol y Josserand; prácticamente todos los demás autores no hacen más que repetir, de formas diferentes los mismos argumentos. Un tratamiento aparte merece León Duguit.

Planiol por su parte y como hemos dicho, sostiene que sólo hay dos clases de actos: los realizados con derecho y los realizados sin derecho. Por esta razón agrega, no hay abuso de derecho o uso abusivo del mismo, el ordenamiento positivo se basta ampliamente para contemplar y legislar cualquier incidente que pudiera presentarse. Este es el argumento principal que exponen los autores contrarios a la admisión de esta institución, ya que aquellos que se basan en mantener que el abuso no tiene autonomía frente a figuras afines como el conflicto, no hacen más que formular de otra manera el argumento de Planiol, el abuso es superfluo al confundirse con el conflicto de derechos, o lo que es lo mismo, al ser el ordenamiento positivo suficiente para conseguir las finalidades que se pretende mediante el reconocimiento de esta figura, y si no se consiguen es defecto del ordenamiento, que en todo caso habrá que corregir.

L. Josserand, por su parte, mantiene que la teoría del abuso de derecho es un instrumento móvil, flexible y elástico que imprime a los derechos una orientación nueva a medida que las costumbres se transforman y que además es un procedimiento que propende la adaptación del derecho a las necesidades sociales.

Se ha objetado a Planiol, el que hay que reconocer que la ley no puede prever todos los conflictos de intereses que puedan producirse, y también que

todos los derechos sean relativos, sin embargo todo ello lo admite claramente Planiol, todos los derechos son relativos y el autor como hemos dicho aboga por el perfeccionamiento de los límites extrínsecos en el ejercicio de los de rechos, y mantiene también que en todo ordenamiento existen lagunas, pero que también existen en todo ordenamiento instrumentos para llenarlas, en último caso los Principios Generales del Derecho.

Por lo tanto no son estos argumentos los que inclinan a los autores por una u otra postura, sino la diferente concepción y función del Derecho.

En este sentido critica Josserand la opinión de Planiol de que el de recho cesa donde el abuso comienza. Tal criterio, dice, descansa en una confusión entre dos concepciones de la palabra Derecho, que designa indiferentemente el conjunto de las reglas sociales, la juricidad, o bien tal o cual prerrogativa de las que uno de nosotros puede ser investido. Cuando se dice que un acto no puede ser a la vez conforme y contrario al Derecho, se expresa un dilema en el cual la contradicción es sólo aparente, porque un acto puede ser realizado de conformidad con un derecho determinado y sin embargo estar en pugna con el Derecho considerado en su conjunto. El acto abusivo es aquel que realiza bajo la égida de un derecho subjetivo verbigracia, el de propiedad, es sin embargo condenado por la regla social (57).

Para Josserand el derecho existe, pues la ley lo concedió con los fines para que ahora se usa, más el medio ambiente ha ocasionado un cambio, debiendo ser el juez quien determine, cuando el ejercicio de un derecho ha rebasado el límite asignado para mantener el equilibrio de los intereses en presencia. Entonces decir que derecho es abusivo no se basa en ninguna ley sino que merece la estimación social de los hechos que el juez debe realizar.

Según Josserand, el proceso de adaptación del derecho al continuo cambio de las circunstancias del Estado conciliador hace posible que éste se realice reformando el ordenamiento, que necesariamente es un proceso lento en un sistema democrático por ello es necesario que sea el juez el que lo realice, fundamentándose en una norma formal y de criterios amplísimos.



Jurídicamente, legitima esta nueva institución, distinguiendo el acto abusivo, del realizado sin derecho. El primero implica sometimiento a los límites concretos de una norma; el segundo, transposición (58).

De la distinción entre los casos de ausencia o falta de derecho y los de abuso, deriva que si el acto se realiza sin derecho, su anulación y la de todos sus efectos podrá ser pronunciada en su totalidad, en tanto que en el otro supuesto, la sanción debe limitarse estrictamente en cuanto ocasione la existencia de un perjuicio.

Planiol, se opone al aumento del poder judicial, se opone a esta fórmu-la de adaptación del derecho a las necesidades sociales; siendo según éste, el propio ordenamiento el instrumento idóneo y más seguro para realizar el proceso de adaptación. Con ello Planiol se está oponiendo consciente o in-conscientemente a la fórmula del Estado social de derecho y a los modernos es-tados autoritarios que necesitan de instrumentos eficaces y rápidos para ade-cuar el derecho constantemente a las nuevas necesidades, instrumento que per-mite el intervencionismo estatal en la aplicación de la norma.

Los dos son conscientes, de la necesidad de adaptar el derecho a las nuevas necesidades económicas, sociales y por lo tanto políticas, difieren en los instrumentos. Mientras que Planiol pretende que sea, por seguridad jurí-dica, el propio ordenamiento el que se adapte y perfeccione. Josserand, intu-yendo el alcance de las transformaciones sociales que se avecinaban justifica la teoría general del abuso, que no es más que el fortalecimiento del poder judicial. Los dos justifican sus posturas con argumentos legales, pero para ver cuál es el verdadero sentido de esta doctrina hay que profundizar más allá de ellas, para saber cuál es su finalidad.

Toda la doctrina sobre el abuso no ha hecho más que formular y analizar de distintas maneras los mismos argumentos, sin intentar descubrir, que se pre-tendía justificar con ellos.



Se observa que tanto partidarios como adversarios de esta doctrina man tienen la necesidad de la adecuación del derecho a la realidad, y mientras unos ven en el abuso del derecho un instrumento ideal para conseguir esta finalidad, otros lo encuentran superfluo.

Pero conviene ya advertir que la adecuación del derecho a las nuevas necesidades no lleva obligatoriamente a la socialización del derecho, ya que esta adecuación puede hacerse y de hecho se hace en función de los intereses del Estado interventor, ya sea autoritario o democrático.

## 5.2 Tendencias favorables

Como ya hemos dicho al hablar de las fases, los autores partidarios de esta doctrina han utilizado diversos criterios; tres de ellos han sido los de más frecuente aplicación: la intención de dañar, la ausencia de interés legítimo y la desviación de la finalidad del derecho ejercido.

### 5.2.1 Criterios subjetivos

Inicialmente se adoptó, con unanimidad por parte de la jurisprudencia, por el criterio subjetivo, es decir, la intención de dañar o la ausencia de interés legítimo.

Dentro del criterio de la intención del daño, hubo que precisar si era necesario que existiera el ánimo nocendi o si bastaba, para haber abuso, que el perjuicio que se ocasionaba haya sido conocido y querido.

Morin (60), sostuvo que ambas posiciones no eran correctas, la primera porque los jueces no podían convertirse en censores, ni investigar las conciencias, y porque era muy difícil que la mala voluntad fuera la única razón del obrar del sujeto. La segunda porque si basta para que haya abuso que el perjuicio que se ocasione sea conocido y querido, podrían convertirse en ejercicios abusivos prácticamente todos los derechos.

De esta forma se optó mayoritariamente por un criterio intermedio. El juez deberá indagar en cada caso el motivo determinante del acto realizado para lo cual gozará de amplio poder de apreciación (61).

Charmont es partidario de esta precisión del criterio subjetivo "a nuestro parecer, dice, es una precaución necesaria, el exigir para declarar que hay abuso de derecho la existencia de la intención de dañar como móvil principal" (62).

Sin embargo, las dificultades para precisar este criterio por los tribunales no desapareció con esta precisión, ya que si era difícil determinar si el animus nocendi era el único móvil, más lo era el determinar si es el móvil principal.

Las dificultades evidentes de precisar en cada caso esta fórmula del criterio subjetivo, condujeron a la nueva formulación que se basará en la ausencia de interés legítimo.

Más adelante Porcherot y Beudand (63) amplían esta última forma del criterio subjetivo, admitiéndola para aquellos casos en que la lesión proviene de una imprudencia o negligencia en que un hombre muy diligente no habría incurrido en las mismas condiciones. Henri de Page, admite el abuso sustentado en criterios subjetivos, solamente en casos excepcionales "el abuso del derecho no debe ser admitido sino a título excepcional cuando la mala fe es patente, o cuando ningún motivo legítimo justifica el ejercicio del derecho. Además el ejercicio normal debe presumirse como regla, el abuso será la excepción" (64).

Savatier y Ripert, aprecian en la doctrina un carácter eminentemente moral; los actos sociales desde un punto de vista jurídico, deben dulcificarse según su valor moral. "El abuso de derecho constituye un caso de conflicto entre el derecho y la moral, o con más precisión entre un derecho positivo perteneciente a una persona y un deber moral que le incumbe" (65). Estos autores añaden al requisito de la intención de dañar, la inmoralidad del acto.

A pesar de las modificaciones y de las distintas formulaciones del criterio subjetivo, éste no logró superar los inconvenientes que tuvo desde su comienzo. Al basarse en la intención o interés del sujeto activo, el abuso en mayor o menor medida descansa en el análisis del ánimo y voluntad del autor, y el análisis de los resultados sirve como medio para probar esta animosidad. El juez tiene que descubrir cuáles eran las motivaciones subjetivas del autor, o en la peor de las formulaciones; la motivación predominante.

Ante un criterio tan amplio, el juez es el que decide, sin ninguna forma de vinculación, cuándo existe abuso y cuándo no; el resultado era que todo ejercicio del derecho de propiedad, podía o no convertirse en abusivo.

Sin dejar de darle importancia a las argumentaciones legales, creo que lo importante para esta tesis es el preguntarse: ¿Por qué es este criterio subjetivo el que define al abuso durante todo el siglo XIX?

La respuesta es la misma que dimos al explicar su origen jurisprudencial.

Si fue la jurisprudencia la primera en aplicar esta doctrina para atenuar la exaltación individualista del Código Napoleónico, en función de los nuevos intereses económicos, es lógico que utilizara un criterio subjetivo que hacía de cada tendencia responsable sólo al juez, el Estado quedaba al margen de esta actividad y no se comprometía, ni definía sobre la nueva institución; el juez se convierte en un censor al tener que precisar la falta moral en lugar de la falta jurídica, el abuso de derecho venía dictaminado por el juez, amparado en las facultades que le daba la división de poderes en un Estado de derecho, o la autoridad en un Estado autoritario.

Con ello se evitaba la contradicción entre la fundamentación individualista del sistema y la necesidad de crear instrumentos que adecuaran el derecho a las nuevas necesidades.

El mantener el criterio objetivo de la finalidad en aquella época era una contradicción que el juez no podía materializar, ya que tenía que desenvolverse dentro del espíritu del ordenamiento y al mismo tiempo suponía ya una vinculación clara, dada su dimensión social, para el Estado.

Es decir, fue en el siglo XIX el criterio subjetivo el que prevaleció porque no podía ser otro, con él se conseguían los mismos fines, sin contradecir el espíritu del liberalismo.

Todo ello me lleva a afirmar que el abuso en el siglo XIX en su aplicación jurisprudencial bajo criterios subjetivos, fue un período de prueba nece-

sario para la consolidación doctrinal y positiva posterior de una institución necesaria para adecuar el derecho a los cambios sociales, económicos y políticos que se estaban produciendo, no en función de las necesidades sociales sino del interés del Estado intervencionista.

La crisis del liberalismo coincide con el nacimiento de la jurisprudencia del abuso de derecho.

Inicialmente Josserand, adoptó también el criterio subjetivo como definidor del abuso, prefiriendo la idea del interés legítimo a la intención de dañar (66).

Posteriormente rectificó su inicial posición: "Los derechos son prerrogativas causales en su origen, nos dice, y por consecuencia limitados en su existencia no debiendo ser ejercidos en vista de otro fin de aquél para el cual han sido reconocidos por el legislador". "El derecho debe ser ejercido socialmente conforme a su finalidad" (67).

Sin embargo la primera formulación del criterio objetivo la realizó, como más adelante veremos, Saleilles, hay abuso de derecho, escribe, en el ejercicio anormal del mismo, ejercicio contrario al destino económico y social del derecho subjetivo, ejercicio reprobado por la conciencia pública y excesivo por consecuencia, pues todo derecho desde el punto de vista social, es relativo (68).

#### 5.2.2 Criterio objetivo

La doctrina del abuso de derecho se había positivizado en la mayor parte de países, las ideas individualistas estaban desacreditadas, el nuevo Estado levantado sobre una economía neocapitalista estaba ya en marcha; las contradicciones que existían en el siglo XIX habían desaparecido y la dimensión social se reivindicaba a todos los niveles. Ante estos cambios ya podía formularse claramente, con criterios más perfectos, la teoría del abuso de derecho, para convertirse en un instrumento más eficaz del Estado conciliador.

Según este criterio, el abuso consiste en el ejercicio anormal del derecho, ejercicio contrario al destino económico y social de las normas.

Saleilles es el primero en formularlo (69).

La objeción de Baudry y Barden, sirvió para precisar nuevas formulaciones de este criterio, al preguntar, ¿en qué momento tenía que ser apreciado el fin social?, ¿en el de promulgación de la norma?, ¿en el fin que pretende el legislador?, ¿o el interés social en el momento de cometerse el abuso?, a partir de esta observación dos direcciones tomó el criterio objetivo, aquella que mantiene que el fin de la norma es el que pretende el legislador en el momento de la promulgación de ésta, y aquella otra que mantiene que el fin a considerar es el del ordenamiento jurídico basado en los Principios Generales del Derecho.

Es evidente que el porvenir de la primera dirección sería escaso al anularse con él la finalidad formal del abuso: la de servir de instrumento para adecuar el derecho a las nuevas necesidades sociales. Para Jean Bosc, George van den Bosche, George Cornil (70). El abuso de derecho existe si en el ejercicio de los derechos se altera el equilibrio entre el interés individual y social, aún cuando falte toda intención malévola o insidiosa.

En sentido parecido formula la teoría Colin y Capitant (71).

Algunos autores califican al criterio objetivo de funcionalista, el ejercicio del derecho tiene que estar de acuerdo con el fin social y económico de las leyes.

Toda esta evolución doctrinal se refleja en las distintas formas de positivación de esta doctrina. Así, con un criterio puente entre el subjetivo y el objetivo, está el Código civil suizo de 1907; representantes del criterio objetivos son por ejemplo el código civil del Brasil de 1916 y el soviético.



### 5.2.3 Criterio mixto

Sin embargo, no ha sido todavía eliminado en occidente, por parte de las decisiones de los tribunales y de las normas que lo positivizan, los elementos subjetivos en el criterio que define al abuso de derecho.

En la mayor parte de los casos se utilizan fórmulas mixtas percibiéndose una vez más las dificultades para desembarazarse en occidente del criterio de la culpabilidad.

Este criterio mixto se compone de dos elementos:

- 1) Que se cause daño a un interés social o económico.
- 2) Que exista la intención de causarlo, o que se cause por su negligencia, no tomando las debidas precauciones.

La intención como elemento de este criterio no desaparece, algunos lo llaman ejercicio consciente, es decir queriendo las consecuencias antisociales, con voluntad, con intención. A. Mendoza, "habla de conocer y querer", o lo ejercita dice, como consecuencia de su grave culpa.

E. Martínez Useros (72) es partidario del criterio mixto. Lo define con estas palabras: "El abuso de derecho creemos que surge, cuando en el ejercicio de un derecho subjetivo, al realizar su esencial finalidad - actuar el interés del titular - se produce una alteración en el espíritu que debe existir entre el interés social de que sean respetados los derechos individuales y los demás intereses que a la sociedad, como entidad orgánica, cumple realizar. Alterada la equivalencia de los términos de la ecuación, el ejercicio del derecho individual será abusivo si su titular tenía conocimiento de las consecuencias antisociales que su obra ocasionaba". Es decir, define al abuso de derecho como: el ejercicio consciente de un derecho subjetivo de consecuencias dañosas para el interés social prevalente. Como se ve continúa diciendo "armonizando las nociones objetiva y subjetiva".

El criterio mixto no es más que la herencia del pasado unido al perfeccionamiento necesario del mundo presente, todo cambio, toda revolución hereda, por muy radical que sea, categorías del pasado, que unidas a las conquistas del presente, terminan convirtiéndose en una nueva fórmula.

### 5.3 Nuestro punto de vista

En esta breve exposición de las principales tendencias doctrinales que se han dado en el estudio de la teoría general del abuso de derecho, se observa cómo coinciden todos los autores, en la necesidad de positivizar límites al ejercicio de los derechos, pero mientras unos mantienen que es suficiente para resolver los supuestos abusivos con el reconocimiento de los límites extrínsecos. Otros creen necesario positivizar un límite especial intrínseco que complete a los generales.

A las objeciones legales que realizan los autores contrarios a la admisión de esta doctrina, responden los autores partidarios de la misma que dicha institución es necesario que se reconozca fundamentalmente por dos razones: la primera porque llena las lagunas del Ordenamiento, la segunda porque es un instrumento eficaz para adecuar el Derecho a los cambios sociales.

Sencillamente, los autores partidarios de la teoría general alegan la necesidad de reconocer el límite especial del abuso para que el Ordenamiento cumpla con su finalidad. Mientras que los autores contrarios niegan que exista tal necesidad.

Por tanto, para afirmar o rebatir, estas tesis contrapuestas, tenemos que comprobar mediante el estudio de los resultados que se produzcan en la aplicación de la teoría general, si las funciones mediante las cuales los partidarios del límite del abuso lo justifican, se realizan o no.

Si del análisis de los hechos resulta que las funciones mediante las cuales se justifica su necesidad son formales, tendremos que admitir con L. Duguit, que la teoría general del abuso resulta superflua e innecesaria.

Claro está que nosotros no partimos, como algunos de los autores que hemos mencionado anteriormente, de presupuestos individualistas para criticar esta figura, sino que realizamos, teniendo en cuenta los presupuestos antiindividualistas de Duguit (73), un análisis de los resultados en su aplicación,

tratando de darle finalmente a estos resultados una explicación lógica al vin  
cularlos con el momento social, político y económico en el que se produjeron.

6. CARACTERES GENERALES DEL ABUSO DE DERECHO  
Y SU RELACION CON FIGURAS AFINES

## 6.1 Abuso de derecho y Derecho privado

Con el ascenso de la burguesía al poder, empieza un cambio tanto en la fundamentación, como en el contenido del orden jurídico del liberalismo.

Uno de los instrumentos que surge para adecuar el derecho a las nuevas necesidades del mercado, es la figura del abuso de derecho. Con él, se consigue intervenir, mediante el análisis de las intenciones o el fin de la ley, por el juez, en la regulación y control de las relaciones privadas.

La teoría general del abuso de derecho cumple una función importante como instrumento que posibilita en cada momento, el pacto de intereses individuales y sociales, reivindicados por la clase trabajadora.

Las reivindicaciones sociales de la clase trabajadora organizada obliga a la clase en el poder - la burguesía - a flexibilizar la interpretación y aplicación del derecho por dos razones: como forma de intervención en las relaciones jurídicas mediante la interpretación de las intenciones evitando y eliminando, de esta forma, la función revolucionaria del derecho que inspiró la Revolución Francesa y por otro lado, más tarde, convirtiéndolo en el instrumento que agilizará la aplicación del Derecho en función de las necesidades del nuevo mercado, mercado basado en el conflicto entre los intereses individuales y la fuerza de las reivindicaciones sociales (74).

Supone, por tanto, un instrumento de formal adaptación del derecho a las realidades sociales y económicas cambiantes, siendo precisamente su cometido impedir que el titular de un derecho lo ejercite en contra del fin o función económico-social que en aquel momento el Estado atribuye a esta facultad.

Pero como lo que se entiende en cada momento como función económico-social del ordenamiento, también evoluciona y depende de cuál sea el interprete, se entenderán cosas distintas. El que disponga del poder de interpretación, que en este caso son los órganos judiciales, podrán aplicar, o no aplicar, la



figura del abuso de derecho a casos semejantes, dependiendo ello de los intereses que para su política formalmente conciliadora, tengan en este momento el Estado-aparato.

Con esta doctrina se demuestra, una vez más, como el derecho de propiedad es el primero sobre el que se aplican instrumentos para adecuar el ordenamiento a las nuevas necesidades y por esto cualquier estudio sobre esta figura tiene que empezar analizando la doctrina civilista que teoriza sobre estos acontecimientos. Doctrina que como es lógico se ha construido inicialmente, sobre todo, en orden al derecho de propiedad, si bien últimamente se ha ampliado al ámbito de otras materias del derecho civil y también al campo del derecho público, con las contradicciones y dificultades que supone la aplicación de figuras elaboradas con criterios de Derecho privado, al Derecho público.

## 6.2 Abuso de derecho y Derechos sociales, económicos y culturales

También se afirma (75) que la figura del abuso de derecho, ha sido una conquista paralela a los derechos sociales y económicos con los que está muy relacionada; sin embargo, lo único común que tiene con el nacimiento de éstos fue su momento histórico.

No fue, como los derechos económicos, sociales y culturales, una conquista del movimiento obrero, sino que por el contrario es una institución para adecuar el derecho de propiedad a las nuevas necesidades económicas.

La consagración del abuso de derecho coincide con la crisis del liberalismo y el descrédito al principio del "laissez faire, laissez passer...". Fue menester crear un nuevo concepto de propiedad, no en función de los intereses de las clases no poseedoras, sino en función de su adecuación a las nuevas reglas que regían el mercado, la que obligó en la práctica a que la jurisprudencia tuviera que resolver conflictos que sólo afectaban a los propietarios.

El abuso de derecho aparece aquí en su origen, como figura creada por los propietarios en beneficio de los intereses de su clase. Se demuestra, porque su consagración, en un principio, fue jurisprudencial, basada en antecedentes doctrinales de teóricos del Derecho privado y no en programas reivindicativos de los movimientos socialistas.

Para mayor abundamiento, su consagración definitiva, su positivación, se realiza en los códigos civiles, es decir en los códigos cuya normativa sólo afecta a las relaciones entre propietarios; y es lógico que sea de esta forma, pues en un principio el abuso de derecho se ceñía al ámbito del abuso del derecho de propiedad, el error está en que más adelante, cuando se amplía el ámbito de aplicación a otras instituciones de Derecho privado y al Derecho público, se sigue aplicando mecánicamente con las mismas categorías.

La teoría general del abuso de derecho no es una conquista paralela a los derechos sociales, económicos y culturales. Lo que sí surge como conse-

cuencia del reconocimiento de estos derechos son los límites generales. El límite especial del abuso de derecho es una fórmula especial para limitar el ejercicio del derecho de propiedad en beneficio del Estado intervencionista (76).

### 6.3 Abuso de derecho y Estado de Derecho

Es necesario analizar también la relación que existe entre Estado de Derecho y abuso de derecho.

Algunos autores (77) quieren ver en la doctrina del abuso de derecho una figura característica de los sistemas democráticos, y de esta forma legitimar la teoría del abuso mediante criterios democráticos.

Por el contrario conviene dejar claro que no es así. La figura del abuso de derecho, así como su teoría general, está positivizada y se aplica tanto en sistemas democráticos como autoritarios.

Esta teoría surge como institución característica del Estado intervencionista, el abuso de derecho es una figura ligada al Estado intervencionista, una institución al servicio del Estado intervencionista.

El abuso de derecho es uno de los instrumentos que utiliza el Estado para intervenir en la regulación, control y sanción de las relaciones, en un principio privadas.

No es una contradicción afirmar que el abuso nace de la necesidad de las clases poseedoras y más adelante añadir que es un instrumento del Estado intervencionista, ya que el abuso nace en occidente en aquellos países en los cuales las clases poseedoras detentan el poder político y más tarde se generaliza su reconocimiento a todos aquellos Estados que se caracterizan por su intervencionismo.

Con el comentario de estas relaciones, pretendo dejar claro el carácter formal de la mayor parte de los argumentos que exponen los autores partidarios de esta doctrina para justificarla, tratando de establecer por tanto su alcance real.

#### 6.4 Abuso de derecho y laguna legal

Algunos autores (78), mantienen que una de las funciones de la teoría general del abuso de derecho, es el servicio que como norma de carácter general cumple al colmar las lagunas del Ordenamiento.

El criterio de la laguna legal como legitimador de la necesidad de esta doctrina, tiene poca consistencia. A lo largo de la historia ha existido siempre la preocupación por evitar las lagunas legales, y en todos los ordenamientos hasta en aquellos que mantienen dogmáticamente el principio de legalidad, han existido y existen fórmulas para evitar estas lagunas, sin que fuera necesario la existencia de la teoría del abuso.

El principio de jerarquía normativa, así como el sistema de fuentes de carácter general han cumplido eficazmente con la tarea de evitar las lagunas, por tanto si ésta es la finalidad del abuso de derecho, resulta esta figura superflua e innecesaria. Mayormente en derecho constitucional, donde como nos dice el profesor P. Lucas Verdú, "las lagunas constitucionales son, pues, fallos institucionales, carencia de instituciones fundamentales, que impiden el funcionamiento del orden constitucional", y que por lo tanto, tratar de insertar una norma de carácter general en las constituciones, careciendo del carácter constitucional material, complica el problema, al convertirse no sólo en una norma superflua, sino peligrosa (79).

## 6.5 La figura del abuso como instrumento de socialización del derecho

Sin embargo, el argumento que mantiene la generalidad de los autores que estudien esta figura, es que el abuso cumple eficazmente con la función de adecuar el Derecho a las necesidades económicas, sociales y culturales cambiantes, es decir el abuso de derecho, mantienen, sirve para adecuar el derecho a los cambios sociales y económicos (80). El cambio social no se refleja automáticamente en la ley, es el juez el que tiene que realizarlo.

Baulloc Beaupre (81) afirma: "El juez no debe empeñarse en buscar obstinadamente el pensamiento de los autores del código civil al redactar tal o cual artículo, en cambio debe indagar cual hubiese sido aquel, si el mismo artículo fuera hoy redactado por ellos".

Algo parecido nos dice Lambert (82), "El abuso de derecho, más que una teoría propiamente dicha, es un principio de interpretación".

Tampoco esto parece cierto. El efecto real que produce la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, es el aumento del poder judicial, pero deducir de ello que tal aumento del poder judicial lleva automáticamente a la socialización del derecho, es una exageración. Para que el poder judicial pudiera cumplir con la función de adecuar el derecho a estos cambios, sería necesario la reforma anterior de este poder, ya que hoy en día y como explicamos más adelante (83), el poder judicial, en el Estado social de derecho, es un instrumento del poder ejecutivo y para demostrar, en mayor medida si cabe, que el abuso de derecho no cumple con esta función, basta con analizar los resultados que ha producido desde su reconocimiento. De ello se deduce que no solo no ha logrado adecuar el derecho a la realidad, sino que ni siquiera ha logrado disminuir el abuso constante que como norma general se produce en el ejercicio de derecho de propiedad.

Como vemos, ninguna de las funciones que los autores partidarios de esta doctrina utilizan para justificarla, son efectivos y el estudio de los an-



tecedentes teóricos y normativos de esta doctrina demuestran que esta figura es solamente y realmente un instrumento del Estado intervencionista, que mediante la introducción del criterio subjetivo o moral en occidente o el objetivo en los países comunistas, permite intervenir, controlar y regular el ejercicio de los derechos en función de los intereses del Estado-aparato.

Las funciones que legitiman hoy el abuso de derecho son, como es característica del Estado intervencionista, formales.

Los ordenamientos hablan de la función social de la propiedad, de no permitir el abuso de derecho, pero mientras en la práctica los ciudadanos no dispongan de los medios legales, procesales, económicos, de información mediante la participación y de control en una nueva fórmula de Estado, no se podrán alcanzar éstos y otros fines.

## 6.6 El abuso de derecho y la moral

Del estudio de la teoría general del abuso se desprenden entonces dos características: la primera es su relación con la moral.

La relación entre Derecho y moral ha sido ampliamente debatida por la Filosofía del Derecho, y para no perdernos en el análisis de esta discusión en la historia de la filosofía, partimos de su sentido en el yusnaturalismo racionalista, que a partir de Kant, estableció la separación entre el plano del ser y el deber ser (84), y que Grocio y Pufendorf, la establecieron entre el orden moral y el orden jurídico.

Sin embargo, después de la codificación surge una impugnación de esta separación radical entre moral y derecho. La figura del abuso de derecho ha venido a significar una impugnación contra esta separación, es más, la figura del abuso al igual que en la Edad Media, mediante la figura de la emulación (85), introduce criterios éticos para la solución de los conflictos, en un principio individuales. En este sentido nos dice el profesor Carmelo Gómez Torres: "En suma, a través de la teoría del abuso de derecho las pautas de la moral social presentes como se ha visto de un modo especial en el principio de buena fe, van penetrando en la vida jurídica, acomodándola así a las aspiraciones históricas de la vida colectiva. Es ésta una de las funciones más importantes de la teoría del abuso de derecho, que actúa de puente entre las exigencias éticas y jurídicas" (86).

En el mismo sentido Rippert, aprecia en la doctrina del abuso un carácter eminentemente moral, y Savatier en el mismo sentido dice: "El abuso de derecho constituye un caso de conflicto entre el Derecho y la moral, o con más precisión entre el Derecho positivo perteneciente a una persona y un deber moral" (87).

Vemos como una vez más, la moral sirve de instrumento al poder de la Iglesia, y actualmente al poder político y al Estado para intervenir en la regulación, control y solución de los conflictos.

## 6.7 Abuso de derecho y Seguridad Jurídica

La otra característica a considerar son las repercusiones que la aplicación de la teoría general del abuso puede tener para la seguridad jurídica y su relación con el arbitrio judicial.

Se ha objetado a la teoría del abuso el peligro que supone su admisión para la seguridad jurídica. Al ser el abuso de derecho una figura ambigua, una norma de carácter general y de criterios de difícil precisión que se concretan en cada caso, puede atentar su aplicación a la seguridad jurídica que entendida dentro de las coordenadas yusnaturalistas mantienen la exigencia de la positividad del derecho, el establecimiento preciso, estable y técnicamente de lo que es jurídico de cada situación.

Por otro lado, admiten los autores la necesidad de esta figura, como hemos dicho, como instrumento de adecuación del derecho a los intereses cambiantes, de esta forma la inseguridad de la teoría del abuso y al mismo tiempo su necesidad, se traducen en una contradicción difícil de solventar en la forma de Estado actual, porque al ampliarse el ámbito de aplicación de esta figura para servir mejor a los fines formales de adaptación del Derecho, se produce más inseguridad.

Es evidente que la seguridad jurídica entendida de esta forma, imposibilitaría el normal desarrollo del Derecho, éste tiene que adecuarse a los cambios sociales y económicos, pero también es evidente, que en la forma de Estado actual, normas de carácter general como la presente pueden ser utilizadas arbitrariamente y por lo tanto producir inseguridad.

Se ha puesto de relieve como una de las notas que, en mayor medida distinguen a la teoría del abuso es la de su indeterminación y por lo tanto que su determinación, que se concreta en cada caso, tiene que realizarla los tribunales (88).

Al poder judicial se le reserva la tarea de adecuar el Derecho positivo a las exigencias de la realidad social y para ello se le dota de un instru

mento interpretativo más, como es la figura del abuso de derecho. Por tanto la objeción de inseguridad jurídica no se utiliza tanto para combatir a esta figura en sí misma, sino para combatir el resultado de su aplicación, es decir, el aumento del poder judicial, al ser ésta la consecuencia real que surge de la aplicación de esta figura.

En España, Calvo Sotelo (89) y de Casso (90), no dudaron en proclamar la necesidad del arbitrio judicial, para señalar los casos en los que se ha producido abuso. "Frente a los peligros que se han objetado, se ha señalado que: el arbitrio judicial es tan antiguo y tan inevitable como la función de juzgar, y actualmente se manifiesta a todas horas, no de una manera caprichosa, sino por la propia naturaleza de las instituciones, o por encargo expreso de la propia ley. Cuando un juez tiene que sentenciar si en un acto existió o no buena fe, si un acto se realizó o no con la diligencia de un buen padre de familia, también su labor es subjetiva y espiritual".

Se ha argumentado, también, que los errores y arbitrariedades cometidos por un tribunal, podrán ser subsanados por su inmediato superior y las garantías aumentarían estableciendo una fuerte dependencia jerárquica entre los mismos.

Por tanto, según estos autores la inseguridad jurídica que produce la aplicación de la teoría del abuso, no es más que la producida por cualquier norma de carácter general y éstas son necesarias en todo ordenamiento, tanto para llenar las lagunas legales como por criterios de interpretación.

Pero lo que se discute de esta figura no es si produce inseguridad o no, sino cuál es su utilidad, cuál es su finalidad real. Esto nos llevará a comprobar si esta figura es superflua e innecesaria o no.

Los argumentos que antes hemos expuesto de los autores partidarios de la doctrina, van dirigidos contra aquellos otros que la atacan desde presupuestos yusnaturalistas, desde la defensa del principio de legalidad.

Por nuestra parte, vemos en las normas de carácter general, en los principios de interpretación, instrumentos para dotar al poder judicial de más poder, pero dependerá, al fin y al cabo, de cómo sea este poder judicial para que podamos afirmar la eficacia de esta figura.

Se comprueba una vez más cómo el problema real no reside propiamente en la figura del abuso, sino es cómo y quién utilice esta figura.

La seguridad jurídica en un Estado social de derecho viene debilitada por el carácter mismo de este Estado, continúa diciendo el profesor Pablo Lucas Verdú (91). Aunque la burguesía es la clase más inclinada al mantenimiento desmesurado de la administración, la falta de garantías y controles eficaces por parte de los ciudadanos, para mantener que la legislación se elabore de acuerdo con las normas constitucionales; el aumento del poder judicial conseguido por la aplicación de normas de carácter general sin una previa reforma del Estado; producen como consecuencia la inseguridad jurídica.

Es decir, la inseguridad jurídica no sólo la producen las normas, sino también los órganos que las aplican, cuando no existen las garantías y controles necesarios que la evitan. O lo que es lo mismo, la seguridad jurídica no sólo está en función de la norma jurídica, sino también del órgano encargado de interpretar y aplicar dicha norma (92). El conocer quién es el encargado de interpretar la norma y de aplicarla es por tanto, el factor determinante que nos llevará a afirmar la utilidad o el peligro en la aplicación de normas de carácter general, que producen, como único efecto, el aumento del poder del intérprete. Porque como hemos dicho, las funciones, mediante las cuales los autores partidarios de la teoría general del abuso legitiman esta teoría, son formales y no se producen como resultado de su aplicación.

## 6.8 Abuso de derecho y arbitrio judicial

De todo lo dicho hasta ahora se desprende, que el efecto único y real que produce la aplicación de esta figura, es el aumento del poder judicial, por lo tanto nada más adecuado que analizar las características de este poder y las consecuencias de su aumento para poder precisar los efectos reales que trae aparejada la aplicación de esta figura, descubriendo así su alcance real.

Desde las codificaciones liberales, se concibe el Derecho como una ciencia y a la actividad del jurista como puramente técnica y neutral.

Modernamente se ha denunciado esta concepción como ideológica y apartada de la realidad, y se ha puesto de manifiesto que el Derecho es una traducción viva, en su nivel específico, de las contradicciones y luchas que se producen en el seno de la sociedad, de tal manera que si ésta alberga en su interior un antagonismo básico de intereses encontrados, su organización jurídica registrará esta pugna.

"La lucha de clases es una lucha que se libra por el juez pero también por el Derecho" (93).

"Mercado y Ordenamiento, ha podido decir gráficamente Pietro Bacellona, son las dos caras del mismo fenómeno" (94).

El derecho no es neutral, y por lo tanto tampoco lo son quienes lo interpretan y aplican.

El Estado de Derecho cuando dejó de ser liberal se deshizo de su neutralidad y formalidad para integrarse e intervenir en la resolución de los conflictos sociales (95), sin embargo, este hecho característico del Estado social de Derecho, se le reconoce al poder ejecutivo, pero no se corresponde con la concepción que, aún hoy influenciada por las codificaciones liberales, se tiene formalmente del poder judicial. A éste se le niega todavía, por parte de las instancias oficiales, su carácter político y por lo tanto no neutral.



En el modelo clásico del llamado Estado de derecho, la organización es tatal tiene originariamente, como dice Perfecto Andrés Ibáñez, reconocida la función de elaboración y aplicación de las leyes que deben regir las relaciones formales de los individuos entre sí y con los entes públicos, a fin de de limitar de manera adecuada el marco apto para el desarrollo idóneo de la actividad económica de aquellos y en virtud de la exigencia de que el comportamiento de la Administración y de la justicia sea calculable y se produzca de acuerdo con una reglas previamente establecidas que traducen los principios de organización, la propia racionalidad del sistema del modo de producción capitalista que se trata así de reproducir y perpetuar en sus actuales condiciones de existencia.

La sociedad civil, por un lado, queda establecida como la esfera de la autonomía privada, el poder legislativo, respecto a ella, actuará de manera imperceptible, limitándose a aplicar leyes en cuanto servidor de la sociedad, velando para que el individuo pueda desarrollarse libremente (96).

La realidad política ha cambiado profundamente por debajo de esta imagen que, por otra parte, siempre fue ideológica, ya que aún el Estado liberal no renunció jamás a la instrumentalización de la ley en función de sus intereses, ha invadido además los límites de la sociedad civil para convertirse en empresario sin abdicar de sus prerrogativas. A su vez, la separación de poderes ha sido abandonada en su mayor parte y sólo se conserva como esquema organizativo.

Las características formales del poder judicial en el Estado de Derecho son: por un lado, la independencia de los jueces en el ejercicio de las funciones que les han sido asignadas. Dicho principio de independencia judicial conduce, inevitablemente, a la exigencia de que los tribunales ordinarios ejerzan el monopolio de la administración de justicia. Por otra lado la imparcialidad, se considera al poder judicial como un órgano técnico, científico, no político, cuya labor es exclusivamente ejecutar imparcialmente, y con neutralidad, las decisiones de los demás poderes.

El poder judicial ocupa una posición única en el cuadro del proceso del poder (97) si la independencia judicial implica libertad de todo control inter-órgano ejercido por cualquier otro detentador del poder, se debería rechazar consecuentemente cualquier intervención en la actividad de los tribunales por parte de los otros titulares del poder. La función judicial debería limitarse a ejecutar la decisión política y no extenderse a las otras dos funciones, esto es a la toma de decisión política y al centro político (98).

Así fue la concepción originaria de Montesquieu. Este consideró al poder judicial sometido estrictamente al Gobierno y a la Asamblea, como una simple rama subordinada de la ejecución legislativa, y únicamente como un "poder" separado, en el sentido de que la actividad judicial está ejercida por autoridades o personas especiales. La tarea del juez consistía, exclusivamente, en la aplicación del derecho, tal como le era prescrito o tal como lo encontraba en forma de derecho consuetudinario al caso litigado ante su tribunal. "Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor" (99), más adelante añade, "de los tres poderes de que hemos hablado; el de juzgar es, en cierto modo, nulo" (100).

Sin embargo, desde el siglo XVIII la función judicial ha experimentado una transformación radical. La independencia judicial sigue protegiendo a los tribunales contra las intervenciones de otros poderes. Pero este aislamiento ha dejado desde hace tiempo de ser recíproco. Uno de los fenómenos más característicos en la evolución del Estado de Derecho es el ascenso del poder judicial a la categoría de auténtico poder. El poder judicial es hoy un órgano político.

La realidad política ha cambiado, la visión del poder judicial como instancia neutra e independiente dentro de la organización estatal al servicio

de las libertades y por encima de toda clase de antagonismos, nunca respondió exactamente a la realidad histórica, ni siquiera cuando el Estado liberal pudo permitirse de ser realmente liberal, y menos ahora que éste se identifica como directo protagonista del proceso productivo, a cuyos centros de decisión no son en absoluto ajenas las instituciones públicas y la magistratura sigue siendo institucionalmente un poder político del Estado que no renuncia a mantenerla sometida a su propia lógica.

La separación de poderes ha sido abandonada en su mayor parte y sólo se conserva como esquema organizativo.

El poder judicial padece, en forma radical, la básica contradicción que supone aparecer por definición como autónomo, independiente, "apolítico", cuando de hecho es una institución del Estado complicada en la propia dinámica de poder, que se vale de múltiples recursos, para mantener el aparato judicial dentro de su área de influencia.

De todo ello se desprende que el poder judicial es un poder político que sirve a los intereses del mercado, a los intereses de la clase dominante.

Como muy bien expone Laski, "El derecho no es nunca imparcial en el sentido de que esté, por encima del campo de batalla, ni indiferente a los resultados de ésta; por el contrario, los tribunales son un instrumento fundamental en esta lucha. Modelan los contornos de la sociedad, acaso en forma más visible que el poder legislativo o el ejecutivo, porque actúan menos directamente, pero están ligados al mismo propósito" (101).

Las funciones del poder judicial para la eficaz defensa de estos intereses son según el magistrado Perfecto Ibáñez: por un lado la de viabilizar y cubrir públicamente la represión y por otro la inclusión del consenso en torno a los valores de la clase dominante, la de actuar en suma también como aparato ideológico.

Esta politicidad y no neutralidad y la falta de independencia de la magistratura lo pone en evidencia, el encuadramiento de la organización judicial en el marco de un ministerio, que aunque llamado en principio, a prestar la infraestructura meramente administrativa, constituye un condicionamiento político, máxime cuando el ejecutivo se reserva por lo general importantes facultades discrecionales a la hora de operar la selección de funcionarios con que cubrir los puestos directivos y de representación, calificarlos sospechosamente como "de confianza" (102).

A mayor abundamiento, la magistratura es un cuerpo rígidamente jerarquizado, cuyo vértice al que sólo se accede a través de una serie de filtros, cumple el encargo de homologar y reducir a unidad los criterios de los inferiores (103), a la vez que ejerce un riguroso control de los jueces en su actividad profesional y extraprofesional, para lo que existen procedimientos disciplinarios "ad hoc" y una serie de previsiones típicas que pueden llevar aparejada la sanción.

Si a esto añadimos la existencia de un sistema de informaciones policiales secretas; la función del Ministerio Fiscal, en el que es muy difícil no ver la presencia del poder ejecutivo, ya que el ejercicio de la función pública está monopolizado por el fiscal del Tribunal Supremo, que a su vez está sujeto a las órdenes del Ministerio de Justicia; y también la existencia de la policía judicial, que teóricamente es concebida como un instrumento auxiliar de la Magistratura, pero que orgánicamente está subordinado a sus superiores, se desprende de todo esto que el principio de independencia y por lo tanto, la imparcialidad, apoliticidad y neutralidad de la Magistratura, es formal e ideológica.

Añadamos que a parte de ser el poder judicial un instrumento del Estado-mercado, este instrumento está anticuado: tanto la organización, como las técnicas procesales, que marcan el conjunto de su actuación son lentas y costosas, el aumento de los conflictos sin una reforma en su organización, paraliza su funcionamiento, transformándolo en un órgano tecnocrático; su actuación

se caracteriza por el apego a la tradición, teniendo una acusadísima tendencia a respetar los precedentes y por tanto a perpetuar el sistema; el poder judicial es el más conservador de los tres poderes.

A pesar de todo ello, "Es ilustrador el dato de que en un momento en que las presiones ejercidas por amplios sectores populares se traducen en la conquista de efectivas áreas de libertad, haya podido denunciarse el intento de manipulación del Poder judicial para orientarlo subrepticamente hacia la "recuperación" de dichas zonas perdidas, por el aparato estatal a nivel legislativo". Es decir, mientras las masas populares con el sufragio universal han conquistado la posibilidad de hacer sentir su voz y su peso en los Parlamentos, sin embargo han permanecido siempre excluidos de la Administración y del momento ejecutivo, la Magistratura ha quedado aislada de los grandes acontecimientos y no es ajena a esta impermeabilidad, la consideración del modo específico en que la sociedad burguesa ha organizado el Poder judicial y los acontecimientos ideológicos a que lo han sometido (104).

En resumen, vemos que la concepción real del poder judicial hoy, no puede centrar su actuación en la transformación del derecho, que es lo que pretenden teóricamente los partidarios de la doctrina general del abuso de derecho, sino en su aplicación.

A la vista de estas observaciones, hay que subrayar el serio peligro que puede representar el aumento del poder judicial, para la defensa de los derechos fundamentales, al actuar hoy este poder sin otro control que el puramente formal de la Magistratura. Sin embargo, supone un avance el control que puede ejercer el Consejo General del Poder judicial según el artículo 122 de nuestra Norma fundamental.

Es evidente que con una concepción liberal del poder judicial y ante la situación de crisis de las estructuras institucionales, la ampliación o la admisión de normas de carácter general que produzcan como único resultado la am-



pliación del poder judicial, corren el riesgo de inscribirse, en una línea dirigida a transferir a órganos no expresivos de la soberanía popular, a la función de dirección política (105).

No quiere esto decir que a la Magistratura no deba aumentársele su poder mediante la positivación de normas de carácter general, sino más bien que debería llegar a obtenerlo realmente, pero a través de un camino que pasa por profundas modificaciones en su configuración y carácter. La creación de una Magistratura democrática, es necesario que se haga paralelamente a la creación de la legislatura democrática, todo ello vinculado al Estado Democrático de Derecho, de esta forma el poder judicial podrá centrar su actuación a la transformación del derecho de acuerdo con los hechos sociales y económicos, y con las garantías y controles necesarios que caracterizan a esta forma de Estado, se evitará la arbitrariedad en la aplicación de esta clase de normas y por lo tanto la inseguridad jurídica.

Como nos dice G. Moech, "una justicia - justa - requiere una sociedad también - justa - que antes que en las leyes, debe serlo en las relaciones sociales de producción y distribución" (106).



## 7. CONSIDERACIONES CRITICAS

Hemos visto, como el abuso de derecho es una doctrina polémica y que no existe, ni siquiera entre los civilistas, un criterio de aplicación común; que se discute del abuso de derecho todo; que es una doctrina confusa, ambigua. Sin embargo, el auge en su reconocimiento positivo es enorme, y es, precisamente, la ambigüedad característica de toda norma de carácter general la que ha dotado a esta figura de una gran utilidad, en los países desarrollados, en el Estado intervencionista.

Poca importancia tiene como hemos visto, que sea uno u otro el criterio que defina su aplicación, porque sea cuál sea su criterio, se aplicará para los mismos casos y en la misma forma.

Comenta E. Martínez Useros: "por tanto, la doctrina del abuso de derecho, cumple el fin de moderar y suavizar el ejercicio de los derechos subjetivos, favoreciendo el proceso de socialización, al conceder al juez el poder necesario para restringir, en aras del bien de la colectividad, la libre esfera de actuación del hombre" (107).

Pero identificar como hace E. Martínez Useros, aumento del poder judicial con socialización del Derecho me parece arriesgado. El poder judicial puede contribuir a la socialización del derecho, pero depende de cuál y cómo sea este poder judicial, y por lo tanto de cuál y cómo sea el Estado.

El resultado práctico de la aplicación de esta figura no ha sido su contribución a la socialización del derecho, ni siquiera la adecuación de éste a la realidad cambiante. Estas son las finalidades formales que la justifican, pero realmente, el único resultado, la consecuencia de la aplicación de esta teoría, no ha sido otra que el aumento del poder judicial.

La doctrina general del abuso de derecho, supone un instrumento en manos de los jueces y éstos pueden aplicarla progresiva y regresivamente, y no existe ninguna garantía de que un aumento del Poder judicial contribuya hoy a que el magistrado la utilice progresivamente. Por el contrario y como hemos dicho, sí existen los antecedentes que demuestran que el Poder judicial es un

instrumento al servicio del poder ejecutivo y el más conservador de los tres poderes, por lo tanto cualquier aumento de sus atribuciones repercutirá en el aumento de las características negativas que definen hoy a este poder.

Resumiendo, vemos como la teoría del abuso de derecho, no tiene más finalidad que el aumento del Poder judicial. También, que el Poder judicial en los sistemas democráticos está anticuado y es un instrumento al servicio del poder ejecutivo que mediante las normas de carácter general se hace más eficaz.

Por lo tanto, la figura del abuso de derecho, tal como se aplica hoy, basada en categorías de Derecho privado, al no producir realmente otro efecto que el aumento del poder de la Magistratura, supone un peligro para las conquistas que las masas populares, mediante el sufragio universal, han logrado en los Parlamentos, al desvirtuar mediante la aplicación de la teoría general del abuso de derecho, sin los controles y garantías necesarios las conquistas históricas positivizadas en la ley.

La teoría general clásica del abuso de derecho no solamente es superflua al no realizar ninguna función que no se pueda realizar con los límites generales, sino que es peligroso su reconocimiento para la realización de los fines que caracterizan al Estado de Derecho.

Si a todo ello añadimos los argumentos que utiliza L. Duguit para combatirla, vemos que tanto jurídica, como social y políticamente, el reconocimiento de la teoría general del abuso de derecho con las categorías actuales, es inadmisibile.

Más adelante trataremos de su reformulación desde las categorías del Derecho constitucional.

8. TRASPLANTE DE LA TEORIA DEL ABUSO DE DERECHO

A OTRAS RAMAS DEL ORDENAMIENTO

### 8.1 Consideraciones generales

De acuerdo con esta desmedida tendencia en la ampliación del ámbito de aplicación de la teoría general del abuso de derecho, algunos autores (108) son partidarios de ampliarla a todas las ramas del derecho. Para éstos, puede ser abusivo, no solamente el ejercicio de un derecho subjetivo, sino también el ejercicio de facultades y poderes; de esta forma, dicen, puede haber, como hemos visto antes, abuso del poder ejecutivo, abuso del poder judicial, abuso del poder legislativo, etc., y al mismo tiempo abuso de aquellas instituciones que controlan a estos poderes, con el tribunal constitucional; es decir puede ser abusivo cualquier actuación de las potestades, facultades o poderes de cualquier órgano, ente o institución, hasta se llega a admitir el abuso de derecho internacional.

Es evidente que entendiendo de esta forma el abuso de derecho se crea con ello una confusión e inseguridad que destruye las funciones de todo ordenamiento.

Se llega a confundir de esta forma, la noción general de "abuso" con la teoría general del abuso de derecho y para poner de manifiesto esta contradicción nosotros utilizamos el término del "abuso" para designar la noción general y el de "teoría general del abuso de derecho" para designar el límite especial que para el ejercicio del derecho de propiedad se positiviza en la mayor parte de códigos civiles (109).

Una vez expuestas las características generales de la doctrina del abuso de derecho y las consecuencias reales de su aplicación en derecho privado, analizaremos los intentos de ampliación del ámbito de aplicación de esta figura mediante la técnica del trasplante.

La primera dificultad con la que nos encontramos, es al establecer las diferencias entre Derecho privado y Derecho público.

En términos generales clásicos, el Derecho Público, se caracteriza por que en él existe, un ejercicio del poder del Estado. Sus normas son las que van dirigidas a regular la organización y la actividad del Estado y demás entes públicos y sus relaciones, con tales entes públicos, con los particulares. El Derecho privado, es aquel que regula las relaciones entre particulares, es decir, aquellas en que ninguna de las partes actúa revestida de poder estatal (110).

Sin embargo esta separación es cada vez más formal que real. Con la crisis del liberalismo, en la que existía una separación estricta entre los dos campos, con predominio del privado, aparecen fenómenos como la creciente intervención del Estado en asuntos que antes eran considerados fuera de su competencia; la preocupación por las necesidades sociales, y la satisfacción de las necesidades humanas, que pasa cada vez más por la acción del Estado. Todo esto lleva a una progresiva invasión del sector privado por el Derecho público, por la actividad del Estado. Lo dicho anteriormente sobre la función de la teoría general del abuso demuestra esta invasión.

De estas consideraciones se desprende, cómo partir de la separación entre estos dos campos es un error. Por ello, para analizar cuáles son las características de la aplicación de esta doctrina a otros ámbitos, lo haremos mediante el estudio de otras ramas del Derecho, que no tienen tampoco una autonomía absoluta, sino que por ser grupos o conjuntos de normas que se refieren a sectores de la vida social y que por apoyarse en principios comunes, tienen similitudes unos de otros. Diferencias que hace peligroso el trasplante de teorías o soluciones de una rama a otra como por ejemplo del derecho civil al Administrativo o Constitucional.

Este error, que podríamos llamar de trasplante mecanicista, de esta teoría, de una rama a otra del ordenamiento, sin la adecuación necesaria, teniendo en cuenta las categorías diferentes en que se basa cada una de ellas se ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones y casi siempre coincide en que es



una teoría o solución de derecho civil, la que posteriormente al ampliarse su ámbito de aplicación, se traslada mecánicamente a otras ramas.

Esta técnica de trasplante se aplica en algunas ocasiones a los derechos y libertades fundamentales, cuyo significado y aparición se da cuando se articula el Estado contemporáneo desde el liberalismo (111), que siendo hoy materia constitucional, se construyen y tratan de aplicar mediante categorías de Derecho civil.

Algo parecido ocurre también con la teoría del abuso de derecho que nace en el seno del Derecho privado y se trata de aplicar con las mismas categorías a otras ramas del Derecho.

La explicación de este fenómeno, hemos intentado darla anteriormente. En el liberalismo el campo principal era el del Derecho privado. Toda modificación tanto económica, social como política, tenía su primer punto de manifestación en el derecho de propiedad, derecho alrededor del cual giraba toda la legislación. Al ser el derecho de propiedad el centro del ordenamiento, y por tanto el lugar donde primero se manifestaba cualquier cambio que pudiera tener una importancia cualitativa, es lógico que su construcción teórica, obedeciera a las categorías que califican el derecho de propiedad, es decir es lógico que fuera el derecho civil el primero en teorizar los fenómenos y dotarlos de contenido y es lógico también que al ampliarse el ámbito se partiera de las contribuciones de los teóricos civilistas (112).

Pero, puesto esto de manifiesto, ya nada impide que rectifiquemos estos errores huyendo de la técnica del trasplante y atribuyendo a cada rama la temática que le corresponda. Por ejemplo, reivindicar para la teoría del Derecho político toda la temática del abuso de derecho constitucional, incluso la civil, y analizarla y estudiarla con las categorías que califican esta rama. Algo parecido ocurre con las teorías de las fuentes, de la aplicación e interpretación, de la producción y modificación, y también de los Principios Generales del Derecho, ya que, aunque formalmente sean materias de Derecho pri

vado, materialmente son constitucionales. No se trata de un imperialismo constitucionalista, sino de una exigencia de la lógica y sistemática jurídica.

"No todo el Derecho de la Constitución es derecho Constitucional y no todo Derecho Constitucional está en la Constitución" (113).

## 8.2 El abuso de derecho en el ordenamiento administrativo

Al hablar del abuso de derecho en el ordenamiento administrativo, nos referimos a los abusos que pueden cometerse por la Administración en el ejercicio de sus funciones; pero como hemos visto al hablar de la teoría general, el abuso de derecho no es una forma de control de la legalidad, sino de la finalidad de la ley. Lo que iniciamos a partir de aquí es el estudio de la posibilidad y consecuencias que puede traer la traslación de esta figura del Derecho privado a otras ramas del Derecho público, y concretamente al Derecho Administrativo, traslación que presenta nuevas cuestiones previas.

Todo Estado despliega una actividad para realizar unos fines. En un sentido amplio, se llama Administración, a esa actividad y a los órganos creados para su ejecución (114). En todo Estado, también existe un control de esta actividad, pero lo que caracteriza al Estado de Derecho, es el alcance de este control y su efectividad.

El Estado de Derecho significa, entre otras cosas, el sometimiento de la administración a la ley (115), que se manifiesta sobre todo, a través de un sistema de control y responsabilidad de la Administración, sistema que asegura que la actividad de ésta sea conforme al Derecho.

La actividad de la Administración, está sometida, por tanto, a unos límites. La ley establece el marco en el que puede actuar, creando unos instrumentos para asegurar que el comportamiento de ésta sea conforme a la ley y que sirva al mismo tiempo de garantía a la seguridad jurídica de los particulares. Se trata pues del establecimiento de una serie de controles, algunos jurisdiccionales, contra las posibles infracciones legales (116).

Este sistema de controles y garantías en el área administrativa a culminado con la implantación en el Derecho francés de los recursos de "exceso de poder", y dentro de ellos, para ser más precisos, los que se promueven bajo la rúbrica del "détournement de pouvoir".

También existen otras instituciones de carácter político, un ejemplo es el clásico derecho de petición, por el cual los ciudadanos pueden reclamar de la autoridad competente la revocación de un acto de la Administración.

Como es sabido, los controles que existen en general, para volver a someter a la Administración a la ley, son pues de diversas clases: administrativos, jurisdiccionales y políticos. Estos últimos no los estudiaremos, al ser necesario el ceñirnos al comentario de aquellas cuestiones que pueden interesar al objeto de la tesis.

El control llamado administrativo, se ejerce mediante los recursos que los interesados pueden formular. Se llaman administrativos, en atención a que se interponen ante la propia Administración, y se resuelven por ella. Estos son fundamentalmente el de reposición y alzada, en éstos, la persona agra<sup>vi</sup>ada, pide que se deje sin efecto el acto dictado, habida cuenta de la extra limitación con que fue dictado.

El recurso administrativo, puede definirse como un acto con el que el sujeto legitimado pide a la Administración que revise una resolución administrativa, o excepcionalmente, un acto trámite, dentro de las plazas y con arreglo a las formalidades pertinentes.

En cuanto a los efectos de la estimación del recurso hay que distinguir entre los actos normativos y los no normativos: será nulo o anulable, si es un acto no normativo, y la derogación o reforma será el efecto, si fuese normativo (117).

Otra forma de control es la denuncia, que consiste en la noticia que da una persona a una autoridad superior, de un acto ilegítimo o inoportuno. La denuncia, al contrario que el control administrativo, puede presentarla cualquier persona sea o no la afectada. La denuncia no es propiamente una garantía jurídica, sino puramente administrativa (118).

La amplitud y la forma de este sistema depende del país, pero todos ellos coinciden en instrumentalizar una forma de petición, para la rectificación de la conducta a quien se supone autor de una irregularidad productora de un daño.

Sin embargo su eficacia es relativa por varias razones y fundamentalmente por ser la propia Administración la que los resuelven.

La insuficiencia de estos recursos administrativos acabó por ponerse de manifiesto; originando como consecuencia, el empleo de nuevos instrumentos jurídicos de mayor eficacia para la defensa de los ciudadanos contra los actos de la Administración. Así nacieron los recursos jurisdiccionales.

La jurisdicción contencioso-administrativa se estructura en los diversos momentos y países con arreglo a diferentes sistemas. El primero que surge históricamente consiste en la creación, dentro del seno de la propia Administración, de la jurisdicción contencioso-administrativa con lo que aquella actúa, independientemente respecto del poder judicial.

La razón de ser de este sistema radica en la interpretación que los revolucionarios franceses efectuaron del dogma de la división de poderes: de su concepción, debería existir una auténtica separación entre los distintos poderes del Estado, en particular la Administración según rezaba el famoso artículo 13 de la Ley francesa de 16-24 de agosto de 1790, no podría ser dificultada de cualquier manera su labor por la acción judicial, ni los administradores podrían ser citados ante los jueces por razones de sus funciones.

A partir de la Ley del 24 de mayo de 1872 se pasa al sistema de jurisdicción delegada, desde aquella fecha, puede hablarse ya del nacimiento de una verdadera jurisdicción administrativa, pues el Consejo de Estado resuelve por sí mismo los litigios de aquel carácter, sin ulterior intervención de la Administración activa.

Como reacción frente a los orígenes franceses, y a la intervención del Consejo de Estado en el sistema administrativo, surge, en Bélgica, el sistema judicial, que reaccionó contra el sistema implantado por las tropas napoleónicas durante la invasión. Los belgas, al estructurar su jurisdicción contencioso-administrativa, tendieron a montar un sistema completamente distinto del que estimaban haber padecido, y, a tal fin atribuyen a los tribunales la competencia sobre los litigios en que interviene la Administración.

Otro sistema, apareció en Prusia en 1875, y se extiende paulatinamente a todo el Imperio alemán. Su característica fundamental está en que la jurisdicción contencioso-administrativa está integrada por miembros de la carrera judicial y otros que no tienen este carácter. También es un sistema parecido el de Italia, en el que la competencia de los tribunales administrativos no se extiende a todos los actos de la Administración, sino que lo comparten con la jurisdicción civil (119).

Tales son fundamentalmente, los instrumentos en manos de los ciudadanos para volver a someter a la Administración a la Ley, bien porque el acto sea ilegal, bien porque la actuación se aparte del fin para el cual los poderes de la Administración le han sido conferidos.

La Administración, para actuar con eficacia, a de disponer de un margen considerable de discrecionalidad, pero ese margen no puede utilizarlo a su capricho, sino en función de los fines que persigue su actividad. Un acto administrativo, que aún siendo realizando dentro de los poderes que la ley reconoce, se dirija a un fin distinto de aquel para el cual esos poderes han sido concebidos (desvío de poder), o suponga una medida innecesaria o desproporcionada para alcanzar esos fines (exceso de poder), puede ser anulado por ser anti-jurídico.

Los ciudadanos mediante los recursos administrativos o jurisdiccionales, pueden reclamar por un acto ilegal o viciado por desvío o por exceso de poder, y los efectos en cualquiera de estos supuestos llevará aparejada, dependiendo de si es un acto normativo o no normativo, la nulidad, la anulación, la derogación o reforma del mismo.

Para analizar la aplicación de la figura del abuso de derecho a la rama del derecho administrativo, lo que nos interesa es analizar los límites en la actividad discrecional de la administración y no en los actos normativos, porque como hemos dicho, el abuso es un límite intrínseco que se aplica en aquellos actos o ejercicios legales, pero que se apartan de la finalidad del Ordenamiento.



Por ello tenemos que analizar los recursos de exceso de poder y desviación de poder.

Históricamente el recurso de "excès de pouvoir" fue como un desgajamiento del recurso jerárquico que adoptaba forma contenciosa. Fue un recurso excepcional, reconocido a todo aquel que teniendo interés directo y personal en el asunto, carecía de derecho para utilizar otro recurso mediante el cual pudiera obtener las satisfacciones necesarias.

Con su aparición quedó consagrado en las leyes un sistema dualista; de una parte el recurso contencioso-clásico, llamado de plena jurisdicción, similar al juicio ordinario; de otra, el recurso contencioso de legalidad que se instauraba.

La sentencia que lo termina resuelve todos los extremos del debate. Puede anular el acto impugnado y puede también modificarlo, pero los efectos del fallo son limitados. Unicamente afectan a los litigantes.

Finalmente subrayemos que no es necesaria la existencia de un verdadero Derecho para que el recurso por exceso de poder se interponga y prospere, si así fuese el contencioso objetivo perdería su verdadera significación, quedando convertido en un recurso de plena jurisdicción. No hay que olvidar que aquel recurso nació por desgajamiento del jerárquico, y que su ejercicio fue reconocido a los particulares en todos aquellos casos en que por falta de derecho lesionado les estaba vedado el recurso contencioso-subjetivo. Y esta innecesidad del derecho lesionado es lo que distingue también el recurso por exceso de poder del recurso judicial ordinario.

En Francia, son cuatro las direcciones que toma este recurso y que autorizan al particular interesado en el asunto para utilizar esta vía jurisdiccional: la incompetencia, el vicio de forma, la desviación de poder y la violación de la ley. La introducción de los dos últimos casos es una obra jurisprudencia de tipo perentorio, admirable creación del Consejo de Estado francés (120).

Otras de las modalidades del recurso contencioso es la llamada "détournement de pouvoir". No pretendo con esto examinar todo el sistema de lo contencioso-administrativo, sino que intento demostrar que la teoría general del abuso de derecho no ha tenido aplicaciones en la esfera del Derecho público administrativo.

El "détournement de pouvoir", significa que la autoridad se aparta de la competencia que legalmente se le tiene asignada. Es un desbordamiento del cauce que la ley traza en beneficio del servicio. Así ha nacido la desviación, realmente se trata de la desviación del uso por la Administración de la finalidad de las atribuciones que posee.

En toda ley va implícito un designio: el buen funcionamiento del servicio. De análoga manera, los actos administrativos persiguen también la buena ordenación y gestión de los servicios públicos; y si los actos son aplicaciones concretas de estas leyes, necesario es que sus fines se acomoden y que tan sólo se dicten cuando dichos fines lo autoricen.

Por eso piensa Hauriou, que el recurso por desviación de poder es una noción compleja de derecho y policía jurídica, pues existe una disciplina interna de la Administración, que impone a los administradores reglas de conducta puramente administrativa (121). Así una ley de policía no puede aplicarse sino por motivos de policía, una ley sanitaria por motivos relacionados con la salud pública, y una ley financiera por motivos fiscales. El fin de la ley traza la competencia del agente, cuando el agente se aparta del fin de la ley sobreviene la desviación de poder.

Tratando del recurso de desviación de poder, escribe Merkl: "La justicia administrativa se distingue por su función, según que le incumba examinar la juridicidad o el uso que se haya hecho del poder discrecional. En el primer caso, se analiza si el acto administrativo concuerda con el derecho que era de aplicar al producirse el acto. En el segundo, se examina, el uso que haya hecho del arbitrio permitido, por

el derecho referente al acto, examinándose por tanto la acomodación al fin. La fiscalización jurídica trata de sustituir el acto contrario al derecho, por otro que concuerde con él. La fiscalización del arbitrio trata de sustituir el acto jurídicamente correcto, pero contrario al fin, por otro acto igualmente correcto pero al mismo tiempo más adecuado al fin según el criterio del Tribunal, es decir, sustituirlo por un acto no solamente justo jurídicamente, sino también ética o políticamente" (122).

No es como sostiene E. Martínez Useros (123); la indagación del motivo que inspiró a la autoridad en su acto, sino si los efectos del acto cumplen con la finalidad que marca la ley que autoriza ese acto, la voluntad o intencionalidad del agente no interviene, ya que un acto con buena voluntad que por error, descuido, o cualquier otra causa, se aparte del fin que la ley marca, es susceptible de este recurso.

Este autor, para forzar la aplicación de la teoría general del abuso de derecho con los caracteres que para él la definen, no duda en identificar el fin de la ley con la intención del agente, o con voluntad; identificación de dos conceptos diferentes y no forzosamente relacionados.

También afirma, que el recurso por desviación de poder, supone una ingerencia del poder judicial en la órbita propia de la Administración, un cercenamiento de sus facultades discrecionales, un estrechamiento del círculo de acción de las actividades administrativas, y esto tampoco es cierto. Este recurso supone un control de la actividad discrecional de la administración para que esta cumpla con su finalidad, por lo tanto no re u e el círculo de discrecionalidad de ésta, sino que constituye una garantía para que se ciña su actuación a este círculo, si a ello añadimos, que el poder judicial, como hemos dicho, es cada vez más, un instrumento al servicio del poder ejecutivo, la ingerencia nunca irá encaminada a disminuir el poder ejecutivo, sino en to do caso a aumentarlo. Si nos atenemos a los resultados de la evolución de po

der ejecutivo vemos como su ámbito de actuación cada vez es más grande y también su poder discrecional. Poniendo ello en evidencia, que estos controles son necesarios, pero insuficientes.

#### 8.2.1 Actividad discrecional de la Administración

El ordenamiento jurídico prevé, unas veces en todos sus aspectos, la actividad de la administración, y otras, la mayoría, no es así, se contraponen, por ello, la actividad administrativa reglada y la discrecional. Cuando se da la primera, en el caso de que funcione normalmente la Administración, quien entra en contacto con ella conoce de antemano la resolución que recaerá, puesto que bastará con subsumir el supuesto de hecho en la norma aplicable. En cambio, cuando la actividad administrativa es discrecional, no cabe efectuar ésta previsión.

Una potestad, es pues discrecional siempre que el ordenamiento jurídico no establezca cuándo debe ejercitarse, cómo debe ejercitarse y en qué sentido se debe ejercitar. Sin embargo para que el ejercicio de una potestad administra sea discrecional no es necesario que sean discretionales los tres aspectos indicados, ya que entonces estaríamos en el campo de la arbitrariedad, basta con que exista discrecionalidad respecto a uno de ellos. Lo que sí constituye un requisito imprescindible para que pueda hablarse de discrecionalidad, es que los finés que se persiguen o hayan de perseguirse en el ejercicio de la potestad, estén taxativamente enunciados en el Ordenamiento jurídico. Por ello, advierte M. S. Giannini, que la potestad discrecional puede ser libre en todo menos en la elección de los finés que persigue (124).

La discrecionalidad supone sin embargo, un testimonio de la eterna lucha que existe, en el seno de la Administración, entre eficacia y seguridad de los ciudadanos, entre el necesario margen de libertad en las actuaciones en manos de la Administración y los postulados del Estado de Derecho y más concretamente del principio de legalidad (125).

La discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, sino que tiene que referirse a alguno o algunos de los elementos. Ello ha servido de base a nuestra ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, para admitir el recurso contra actos discrecionales (126). Dicho recurso como es obvio, no podrá referirse a los elementos discrecionales del acto, pero sí a los reglados, cuya adecuación con el Ordenamiento jurídico podrá ser controlada por los tribunales.

Entre tales elementos reglados se encuentra, en primer lugar, conforme acabamos de ver, el fin que se persigue en la actuación administrativa. Pero como vemos, aún en el caso de la actividad discrecional, y en el supuesto de ser admitido el recurso por apartarse la actuación del fin que la ley marca al acto administrativo, también se produce con la admisión del recurso, la ilegalidad del acto impugnado y la sanción será por tanto la nulidad o anulación del mismo, aportándose en este sentido el recurso de desviación de poder de las características que definen a la teoría general del abuso.

El recurso que se interpone basándose en la desviación de poder, el juez no tiene en sus manos un principio de interpretación, ni se deja a su libre apreciación, si existe o no la misma finalidad en el acto que en la ley, por el contrario el juez analiza si la finalidad del acto se corresponde con la finalidad explícita que marca para estas actuaciones el Ordenamiento. El recurso basado en desviación de poder, no produce arbitrio judicial, principio fundamental que caracteriza como hemos visto, a la doctrina general del abuso de derecho.

Es evidente, por tanto, ha de ser otro el supuesto sobre el que se basan los autores que intentan aplicar la teoría del abuso de derecho, a la rama del Derecho Administrativo.

E. Martínez Useros, forzando un trasplante mecánico de esta teoría, ha elaborado un supuesto teórico sobre el que intenta aplicarla, y como después diremos, las finalidades formales mediante las cuales este autor legitimará

la teoría en Derecho privado, se invierten en Derecho público, primando el interés individual sobre el interés social.

Así escribe Martínez Useros: "Si en uso de este poder discrecional se dicta un acto administrativo, según el motivo y el fin establecido por la ley y perfectamente ajustado a las formas legales, pero cuyo resultado inmediato lesiona un interés particular, no hay duda de que dicho acto no podrá estimarse ilegal, pero puede implicar abuso de derecho" (127), sigue diciendo "habrá, pues, abuso de derecho, cuando al usar la Administración de un derecho lo hace de tal modo, que daña los intereses de un particular, resultando que el interés social en tutelar el ejercicio de aquel derecho, es menor que el que la propia sociedad tiene a su vez en reparar los daños causados" (128).

Según E. Martínez Useros "queda visto, como en lo discrecional hay campo para la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, más de otra parte, cuando la actividad administrativa es reglada no puede rechazarse su admisión, ya que una actuación reglada puede producir efectos dañosos para una persona" (129).

Por tanto según Martínez Useros, el abuso de derecho en derecho administrativo viene definido por el interés del agente que dictó el acto, al ser este interés de inferior valor social, que el que existe en evitar los efectos dañosos del mismo.

Mientras que el autor mantiene, cuando expone la teoría general del abuso de derecho, que tiene la finalidad de adecuar el Derecho a las necesidades sociales, cuando construye supuestos para su posible aplicación en Derecho administrativo, ve en la teoría del abuso un medio eficaz para la defensa de los intereses individuales. "En la potestad reglada del acuerdo adoptado, aún siendo jurídicamente perfecto, en el fondo puede ser abusivo, si se toma en circunstancias tales que el interés social que deriva del acto esté en desproporción con el daño causado. Piénsese en acuerdos



de expropiación referentes a terrenos de cultivo agrícola en los que la ejecución de la expropiación hubiera de realizarse un mes antes de la recolección, sin que la perentoriedad de la obra justifique tal medida. El acto sería válido, reglado y legal, si todas las formalidades se hubiesen cumplido, y no cabe duda que a la vez sería abusivo" (130).

Sigue diciendo, "de la misma forma que los derechos, aún los más concretamente definidos, no pueden reglamentarse de tal modo que se excluya totalmente en ellos el arbitrio, siquiera sea en la iniciación de quien los ejerce no hay tampoco acto administrativo tan completamente reglado que no juegue en él la posibilidad de que se haya producido de forma abusiva" (131).

Henri Welter, se opone a esta idea, cuando no obstante la parificación que establece entre las doctrinas de la desviación de poder y del abuso de derecho, señala como una de las diferencias, la naturaleza distinta de los actos que contemplan dichas instituciones, la que se refiere a que el poder de arbitrio es amplio en Derecho privado y casi nulo - dice - en Derecho público (132).

Los supuestos teóricos que para E. Martínez Useros justifican el trasplante de la teoría general del abuso de derecho están o pueden estar regulados por instrumentos jurídicos característicos de esta rama del Ordenamiento, haciendo innecesario forzar el trasplante de otras doctrinas.

En efecto, como veremos a continuación la figura de desviación de poder en Derecho Administrativo contempla los supuestos que hemos mencionado anteriormente.

#### 8.2.2. Abuso de derecho y desviación de poder

Como hemos visto, la desviación de poder nació a fines del siglo XIX; esta teoría tiende a controlar la actividad discrecional de la administración.

Hauriou la define como, "el hecho de una autoridad administrativa, que realizando un acto de su competencia, observando las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de la ley, usa de su poder con un fin y por motivos distintos de aquellos, en vista de los cuales este poder le fue conferido, es decir distinto del bien del servicio" (133). Demogue, por su parte, considera plenamente diferenciadas dichas teorías: "La desviación - dice - no es sino una forma especial de apertura del recurso por exceso de poder que se admite en dos casos: 1º cuando se violan las reglas de atribución, en el sentido de que la Administración traspone los límites de su competencia, 2º cuando la decisión aunque adoptada de conformidad con el poder ejercido, lo fue por motivos vituperables. En esta última ocasión el Consejo de Estado juzga, no solamente la legalidad, sino también la moralidad" (134).

Henri Welter, por el contrario, identifica ambas teorías, por entender que la esencia de una y otra radica en la indagación del fin del acto realizado (135).

Sin embargo la diferencia fundamental reside en que mientras el abuso se basa en una actuación moralmente reprobable "le détournement de pouvoir", se basa en una actuación ilegal, opinión que sostiene Capitant, cuando dice: "el administrador no ejerce un derecho subjetivo como lo hace el propietario, y de ello resulta que no siendo titular de un derecho, sino simplemente detentador de una facultad a él conferida por la ley, viola ésta si usa de dicha facultad con finalidad distinta a la prevista por aquella. Su acto es ilegal y viciado de nulidad, haya o no causado un perjuicio" (136).

En la misma línea está Bonnard al escribir: "la introducción de le détournement de pouvoir no altera el carácter del recurso por exceso de poder, ni modificó el fin de control de la legalidad administrativa, ya que el nuevo motivo era fácilmente asimilable a los anteriores. Emplear las facultades que la autoridad tiene, para fines distintos de

los comprendidos en su función, en realidad es un caso de incompetencia, incompetencia disimulada, pero incompetencia al fin" (137).

Si admitimos con esto que otros autores, que la desviación de poder es tá basada en un acto ilegal, esto supone una diferencia fundamental de esta institución respecto a la teoría general del abuso de derecho, diferencia que no es la de los supuestos que tratan de contemplar una u otra, sino del tratamiento que cada una de ellas da a estos supuestos.

Otra diferencia que existe entre las dos teorías es lo referente al arbitrio judicial.

Se ha dicho que en la desviación de poder, este punto del arbitrio difiere profundamente a como se plantea en los demás casos del recurso por exceso de poder, ya que cuando éste se inspira en la incompetencia, el vicio de forma o la violación de ley, no hay duda de que se somete a revisión una cuestión de derecho, es decir una cuestión cuyo examen entra en las atribuciones de la autoridad jurisdiccional; pero que cuando se trata de la desviación de poder, la apreciación se reduce a determinar si la Administración ha usado de sus poderes conforme a las intenciones del legislador, lo cual no es una cuestión de derecho, sino un punto de hecho de naturaleza especial.- Se trata de saber, no solamente con qué fin el legislador otorgó el poder, sino cuál fue la intención que movió al administrador a usar de él (138).

En lo anteriormente dicho, se encuentra un claro exponente del vicio de trasplante. Se confunde la facultad que tiene el administrador de dictar el acto, con un derecho subjetivo, se confunden también las normas administrativas con las normas civiles. El derecho subjetivo, entraña una facultad para usar de él siempre y cuando se realice dentro de los límites, las facultades que tiene la administración, aún en el caso de las discrecionales, le permite actuar como, donde y cuando lo crea oportuno, también dentro de los límites que le dicta el Ordenamiento, pero a diferencia de los derechos subjetivos privados (139), tiene un fin marcado taxativamente por el Ordenamiento,

no es necesario analizar la intención del legislador ni la intención que movió al agente; sino sólo si el resultado de la actuación produce efectos contrarios al fin que la ley marca como obligatorio para cada clase de actos.

"El administrador no ejerce un derecho subjetivo como lo hace el propietario, y de ello resulta que no siendo titular de un derecho, sino simplemente detentador de una facultad a él confiada por la ley, viola ésta si usa de dicha facultad con finalidad distinta a la prevista por aquella. Su acto es ilegal y viciado de nulidad haya o no causado un perjuicio" (140).

La Administración no tiene derechos con las mismas categorías que en derecho civil; sino facultades, cuyo poder le viene delegado por quien tiene soberanía para ello, el ciudadano.

Por lo tanto, en el recurso de "détournement de pouvoir" no existe el efecto característico que se produce con la aplicación de la doctrina del abuso de derecho, el aumento del poder judicial, ya que esta institución no es, ni un criterio de interpretación, ni una norma de carácter general, para producir este efecto. Si la causa es diferente, los efectos también lo son.

Siendo la desviación de poder una modalidad del recurso contencioso-administrativo, con ella se llega a la nulidad, anulación, revocación o reforma del acto en cuestión, mientras que el abuso no ataca la validez del acto sino que sólo se intenta paliar sus consecuencias dañosas (141).

De todo lo dicho se desprende que abuso de derecho y desviación de poder son dos instituciones distintas, y son distintas porque pertenecen a dos ramas diferentes del Derecho, sus normas obedecen a categorías distintas y regulan actividades sociales distintas, a mayor abundamiento, los sujetos también son distintos; son dos instituciones que pueden contemplar supuestos teóricos parecidos, pero regulados de diferente forma.

### 8.3 Nuestro punto de vista

Tras estos comentarios interpretativos de ambas doctrinas, expresamos nuestro punto de vista, de que son dos instituciones diferentes y sus diferencias surgen al pertenecer a dos ramas del Ordenamiento diferentes. Ni los sujetos, ni el carácter de sus atribuciones, ni la función y fin de sus actos, obedecen a las mismas características, y por lo tanto el conjunto de sus normas obedece a categorías distintas.

Sin embargo, han sido muchos los autores que tratan de establecer su semejanza cuando no la identidad entre ellas.

Calvo Sotelo sostuvo, que el abuso de derecho en lo civil, representa una traslación de la doctrina del abuso del poder, en lo administrativo (142).

Por el contrario Martínez Useros afirma, que la desviación de poder es una especie de abuso de derecho, que entre ellos existe una relación de género a especie (143).

Como veremos estos dos autores que son partidarios de la teoría general del abuso de derecho y de establecer una semejanza entre la desviación de poder en Derecho Administrativo y el límite especial del abuso de derecho; mientras el primero mantiene que el abuso de derecho en lo civil es un trasplante del abuso de poder en lo administrativo; el segundo mantiene lo contrario, lo cual demuestra, una vez más, como los autores partidarios de esta doctrina, ansiosos de paliar su ámbito de aplicación, confunden los dos niveles: el general del abuso y el límite especial del abuso de derecho.

Volviendo al análisis de los supuestos que para E. Martínez Useros justificaban el trasplante de la teoría general, nos dice el autor "que se produce abuso en el orden público administrativo cuando se ocasiona una alteración en el equilibrio que debe existir entre el interés social de que sean representados los intereses individuales". Define este autor el abuso de derecho administrativo, como el uso de una facultad administrativa, según su fin concreto, que contraría el interés "individual" prevalente.

Todos los ejemplos que pone Martínez Useros, son decisiones del Consejo de Estado francés, al aplicar el recurso de desviación de poder (144). Al comentar éstos, el autor opina que más que desviación de poder son supuestos que entran dentro de lo que él define como características de la teoría general del abuso.

Creemos que este autor no reconoce, que el concepto de fin en el ordenamiento administrativo tiene otro alcance. Los derechos subjetivos pueden ejercitarse para fines muy diversos; depende su elección de la voluntad del titular, y la única restricción que existe en la elección es que no se traspa~~s~~en los límites que marca el Ordenamiento. En las actuaciones de la administración, el agente no puede elegir los fines, le vienen marcados por la ley, y no solamente obliga el ordenamiento a que cuando actúe, lo haga para obtener estos fines, sino que le obliga a que actúe, a diferencia también de los derechos subjetivos. Lo único que en la actividad discrecional se le permite elegir es el cuando, como y donde; pero tiene que actuar para obtener los fines que marca la ley, no tiene la potestad de elegir entre unos u otros.

Los supuestos que teóricamente trata de construir Martínez Useros para justificar la aplicación de la doctrina general del abuso de derecho quedan dentro del ámbito del recurso de desviación de poder, aunque lógicamente su tratamiento y solución es distinto a como sería si se reconociera la teoría del abuso de derecho en Derecho administrativo.

Si no se aplica ésta, es por ser innecesaria, y de difícil aplicación, como hemos visto, con las categorías de derecho privado.

El ámbito de aplicación de este recurso, es susceptible de contemplar los supuestos que elabora Martínez Useros, ya que si el resultado de una actuación es el daño a una persona, daño que es mucho mayor que los beneficios de la actuación; esta actuación está claramente en contra de la finalidad que el ordenamiento pide que tenga y por lo tanto susceptible del recurso de détournement de pouvoir. Pero si como causa de la actuación se produce un daño



a una persona privada, de forma accidental y como consecuencia directa y necesaria para la obtención de la finalidad que marca la ley, es entonces un daño producido como consecuencia lógica de toda clase de actuaciones, que nunca beneficiarán a todo el mundo y que siempre de los actos que benefician a la sociedad sale lógicamente alguna persona perjudicada.

En efecto, adecuar la teoría del abuso de derecho al Derecho administrativo es innecesario al existir, como hemos visto, instituciones que contemplan los hipotéticos supuestos que esta teoría regularía. Lo que no quiere decir que no sean necesarias otras formas de control de la actividad discrecional de la administración.

Dado el aumento del carácter intervencionista del Estado es necesario, cada día en mayor medida, para la defensa real de los caracteres del Estado de Derecho, la participación y el control de los ciudadanos en la Administración, aumentando las medidas de fiscalización y control de la Administración por parte del único poder en el que hoy se deja oír la voluntad popular; el Parlamento.

Pero la figura del abuso de derecho si hemos comprobado su escasa utilidad y sus peligros en su aplicación al Derecho privado, aumenta su inutilidad en el campo del Derecho administrativo.

9. APLICACION DE LA DOCTRINA DEL ABUSO DE DERECHO

AL CAMPO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL

## 9.1 Consideraciones generales

En el campo constitucional, existen tres niveles en los que los partidarios de la ampliación del ámbito de aplicación de esta doctrina, podrían intentar su formulación.

El primero de ellos es la desviación del poder legislativo del Parlamento. El segundo, consiste en el tratamiento constitucional de esta doctrina como límite intrínseco al ejercicio de los derechos subjetivos privados. El tercero, es su aplicación como límite intrínseco al ejercicio de los derechos fundamentales.

## 9.2 El abuso de derecho y la desviación del poder legislativo del Parlamento

Es evidente que el abuso en el ejercicio del poder legislativo vendrá dictaminado, por el hecho de que las situaciones jurídicas creadas vayan en contra de normas formal y/o materialmente constitucionales (145). Es decir, el posible campo de aplicación de la figura del abuso de derecho en el ejercicio del poder legislativo, está en el examen de la constitucionalidad de las leyes (146), ya que el límite en el ejercicio de este poder es el respeto a la primacía de la ley fundamental (147).

Las funciones del poder legislativo, no sólo tendrá que cumplir con los requisitos formales que marca el Ordenamiento, sino también, tienen que obedecer a la forma política de la Constitución, ya que la finalidad de sus actuaciones viene dictaminada por la ley fundamental (148).

Por tanto, si partimos del abuso de derecho definido por criterios objetivos, el de la finalidad, los supuestos en los que se podría trasladar la doctrina del abuso de derecho, serán aquellos que ya contempla la teoría de la desviación del poder legislativo del Parlamento. Por el contrario, si partimos de la doctrina del abuso definida por criterios subjetivos, el de la intención, existirá abuso del poder legislativo, cuando éste actúe con mala intención, o con el solo ánimo de perjudicar a terceros. Parece evidente lo absurdo de este supuesto, pero aún en el caso, de ser posible la hipótesis de una actuación del Parlamento con el ánimo exclusivo de perjudicar, esta actuación también entraría dentro del ámbito reservado al examen de la constitucionalidad de las actuaciones del poder legislativo, al ser contraria a los principios constitucionales.

Por lo tanto, el único campo en donde se podría intentar la aplicación de la doctrina del abuso del poder legislativo, sería en el del examen de la constitucionalidad de la ley; o lo que es lo mismo el sometimiento de las actuaciones del poder legislativo a la supremacía de la Constitución, a la primacía de la ley fundamental (149).

El problema se centra entonces en el análisis de si la desviación del poder legislativo y la fiscalización que se hace de este poder por el Tribunal Constitucional, son figuras e instituciones semejantes a la teoría general del abuso de derecho, o bien que los supuestos que contemplan esta doctrina e institución de Derecho Constitucional, pueden ser susceptibles de aplicárseles la doctrina del abuso del derecho.

Como ya dijimos al tratar del "abuso" en Derecho Administrativo (150) la fiscalización de la actividad estatal a todos los niveles, ya dispone de sus propias figuras e instituciones, unas específicas para cada uno de los poderes - détournement de pouvoir, en Derecho Administrativo, desviación del poder legislativo en Derecho Constitucional - y otras comunes a todos ellos, - como es el caso del control por el Tribunal Constitucional (151), ya que el examen de la constitucionalidad incide de modo preferente sobre la competencia legislativa de las asambleas legislativas (152), pero también entra dentro del examen de la constitucionalidad la fiscalización de los actos del poder ejecutivo con fuerza de ley, las leyes regionales y los actos normativos con fuerza de ley de los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas. También se pueden abrir las puertas a la fiscalización de todos aquellos actos que, a pesar de no revestir forma legal, contienen una norma jurídica de carácter primario, y finalmente también afectar a la jurisprudencia de los tribunales - como es el caso de nuestra Constitución de 1978, artículo 161.1.a (152) vemos por tanto que no sólo el Parlamento, sino también el Gobierno, la Administración, los Tribunales e incluso el mismo pueblo, se ven afectados por este instituto de la justicia constitucional (153).

Dicho examen se ejerce por el Tribunal Constitucional, que a pesar de su carácter jurisdiccional, no se encuadra en las estructuras del poder judicial. Se trata de un ente constitucional que se sitúa por encima de la separación de poderes incidiendo - si bien en diferente medida - tanto sobre el legislativo como sobre el ejecutivo y el judicial, para asegurar frente a todos ellos la supremacía de la Constitución (154).

Este examen de la constitucionalidad de las leyes puede realizarse en un doble sentido: El examen de la constitucionalidad formal y el examen de la constitucionalidad material; el primero de ellos consiste en la comprobación del cumplimiento de todos los trámites previstos en el procedimiento de su elaboración, si se omiten trámites previstos por el Ordenamiento, el Tribunal Constitucional decretará su anulación. Por el contrario el examen de la regularidad-constitucional de una Ley desde el punto de vista material, confiere al Tribunal Constitucional, facultades de control respecto al Parlamento mucho más amplias que el examen de la regularidad formal.

En efecto para poder apreciar si una norma legal; por su contenido es contraria a la Constitución el juez constitucional debe realizar una valoración de la ley (156), examinándola desde el punto de vista de la Constitución entendida en sentido amplio. Es decir no solamente el texto escrito sino todo el conjunto de valores, principios organizativos y relaciones sociales que integran lo que se ha llamado fórmula política de la Constitución (157). En este supuesto la justicia constitucional tiene un importante cometido de cara a la integración y adecuación de la norma constitucional a los cambios socio-económicos.

En resumen, el análisis de lo que se ha dado en llamar examen de la constitucionalidad material de la ley, consiste en comprobar si el contenido contradice disposiciones estrechas de la Constitución o principios que la informan, y por fin, determinar si ha habido o no desviación del poder legislativo del Parlamento (158).

Por tanto los supuestos sobre los que actuaría la teoría del abuso del poder legislativo vienen fiscalizados por el Tribunal Constitucional, mediante la figura de la desviación del poder legislativo, y de forma parecida a como ocurría en Derecho Administrativo, dicha fiscalización no tiene ninguna semejanza con la doctrina general del abuso.

No solamente se diferencian en el órgano que fiscaliza, que son totalmente distintos, sino que los resultados de ésta son diferentes: mientras que



la declaración de desviación del poder legislativo por parte del Tribunal Constitucional, produce la anulación de la ley aprobada por las cámaras legislativas, basada en la ilegalidad de dicha ley, el resultado como vimos, de la aplicación de la teoría del abuso de derecho no produce su nulidad, sino que solamente da derecho a la parte perjudicada a una indemnización.

Resumiendo, vemos, una vez más, como el trasplante de la teoría del abuso de derecho no es posible aplicarla a las actuaciones estatales.

La doctrina del abuso de derecho no es posible aplicarla al ejercicio del poder legislativo, por todas las razones que hemos expuesto, pero fundamentalmente, porque las facultades del poder legislativo no son derechos subjetivos. Mientras en el ejercicio de los derechos subjetivos, el actor, puede elegir el fin de su actuación dentro de unos límites, los fines en las actuaciones del poder legislativo vienen determinados expresamente; las facultades de que dispone el poder legislativo tienen la finalidad de desarrollar normativamente la Constitución.

Conviene aclarar, también, que el aumento del poder del Tribunal Constitucional, que supone la aplicación de la doctrina de la desviación del poder legislativo, no tiene los efectos negativos que exponíamos al comentar los resultados de la aplicación de la doctrina general del abuso de derecho, al no tener el Tribunal Constitucional ninguna relación con la estructura del poder judicial, y al diferenciarse de este poder, tanto en el origen, como en la composición, forma de elección y nivel de actuación y no digamos ya en lo referente a las competencias (159). Y por otra parte al no ser la desviación del poder legislativo, una norma de carácter general (160).

Al mismo tiempo, el "abuso" en el ejercicio de las funciones del propio Tribunal Constitucional, viene fiscalizado y controlado, al existir la posibilidad de que una vez declarada la inconstitucionalidad material de una Ley, el Parlamento puede volver a aprobar un proyecto con el mismo contenido (161).

Por supuesto no vamos a entrar en el análisis de la dialéctica Parlamento-Tribunal Constitucional, ya que ello se escapa al objeto de la Tesis. Con lo expuesto hasta ahora creo queda suficientemente demostrada la inutilidad e imposibilidad de aplicación de la doctrina del abuso de derecho a este campo, por todas las razones expuestas y a mayor abundamiento, porque no es admisible una intervención de otro órgano que no sea el Tribunal Constitucional, dirigida a limitar la autonomía del supremo órgano del Estado: el Parlamento (162), ya que en virtud del principio de división de poderes, se impide un juicio de la inconstitucionalidad sobre los actos del legislativo por parte del poder judicial, sobre la base del aforismo de que el juez sólo puede estatuir "secundum legem" y no "de legibus", como en homenaje a la soberanía del Parlamento, representante directo de toda la colectividad popular, que igualmente no admitiría ningún control, por parte de extraños, sobre la validez de las decisiones de las Cámaras (163).

### 9.3 El tratamiento constitucional de la doctrina del abuso de derecho como límite intrínseco al ejercicio de los derechos subjetivos

En el apartado anterior, hemos dejado constancia de la imposibilidad del trasplante de la doctrina del abuso de derecho como límite al ejercicio del poder legislativo del Parlamento. En primer lugar al existir ya el Tribunal Constitucional que mediante la figura de la desviación del poder legislativo, fiscaliza y contempla los supuestos sobre los que se podría, teóricamente, aplicar la doctrina del abuso. Y por otro lado, al no poder permitirse que sea otro órgano distinto del Tribunal Constitucional - como hemos dicho - el que fiscalice al legislativo, y también al ser imposible que el abuso de derecho sea la figura que controle este poder, al ser ésta un límite intrínseco al ejercicio de los derechos subjetivos y la desviación del poder legislativo un límite al ejercicio de las facultades del Parlamento.

Ahora nos toca analizar si se puede reelaborar la teoría general del abuso de derecho desde las categorías del Derecho Constitucional, para que, huyendo del trasplante, pueda aplicarse desde la Constitución, como límite intrínseco al ejercicio de los derechos subjetivos privados.

Hemos dejado constancia en los apartados anteriores, de los riesgos y al mismo tiempo inutilidad, de la aplicación de la teoría del abuso de derecho con su tratamiento actual, dado por un lado el aumento del poder judicial que produce y por otro, al no realizarse con su aplicación ninguna de las finalidades que lo justifican formalmente.

Sin embargo la necesidad de aplicar figuras que impidan los "abusos" en el ejercicio de los derechos, es evidente. Por ello y ante la ineficacia del planteamiento actual de esta figura para impedir los "abusos" es necesario modificarla tratando de aplicarla como límite especial al Derecho civil desde otras ramas y con otras características.

Por tanto al ser la doctrina del abuso una figura que pertenece materialmente al ámbito constitucional, una teoría satisfactoria del abuso de derecho, exige reivindicar para el campo del Derecho Constitucional, toda la temática del abuso de los derechos. Es necesario una teoría del abuso de derecho vista desde la óptica constitucional y dentro de ella.

Hay que hacer notar sin embargo que el "abuso" que se produce en el ejercicio de los derechos, es una característica del Estado liberal, que no se ha eliminado en el Estado social de Derecho, y que solamente mediante una reestructuración de la "fórmula" de Estado a todos los niveles, podrá llegarse a eliminar el "abuso", al menos como característica general en el ejercicio de los derechos. Es decir, solamente en un Estado democrático de Derecho podrá garantizarse, que al menos el efecto general en el ejercicio de los derechos no sea "abusivo".

Teniendo esto en cuenta, y que mediante la aplicación de una figura no se van a eliminar las acciones abusivas que hoy se producen en todos los órdenes, lo que pretendo en este apartado, es enunciar cuáles son las características necesarias para que una figura como el límite especial del abuso o parecida a ella, pueda contribuir desde el campo constitucional, aunque sea en poca medida, a disminuir el "abuso" en el ejercicio de los derechos privados, en la sociedad actual; y por tanto contribuir a la construcción de una nueva fórmula de Estado de Derecho, que partiendo de la herencia del Estado liberal, lo perfeccione, al posibilitar la realización de los derechos que éste ya había declarado.

La fórmula política de la Constitución esto es, la Constitución entendida en sentido amplio, no sólo el texto escrito, sino todo el conjunto de valores, principios organizativos y relaciones sociales (164), no sólo vincula al poder legislativo en el ejercicio de sus funciones, sino que para cumplir con el principio de supremacía constitucional, es necesario que se respete también, la fórmula política de la Constitución, en el ejercicio de los derechos subjetivos privados.

El ejercicio de un derecho subjetivo puede ir en contra de una norma constitucional, en este caso la actuación será ilegal; pero puede darse el caso de que se ejercite un derecho subjetivo legalmente, esto es cumpliendo con la normativa tanto ordinaria como constitucional y sin embargo producir, dicha actuación, efectos contrarios a la finalidad que viene impuesta por la fórmula política de la Constitución, el ejercicio de un derecho subjetivo no puede atentar contra los valores, principios o fines constitucionales, ya que la norma que autoriza el ejercicio, desarrolla, en un Estado de Derecho, un principio constitucional.

Como dijimos, los caracteres generales de esta figura son:

- I) que haya uso de un derecho, requisito exigible por definición;
- II) que el uso sea aparentemente legal, de lo contrario estaríamos en el campo de la ilegalidad, de la ilegalidad que no es del abuso de derecho;
- III) daños a un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica;
- IV) la inmoralidad de ese daño o que sea contrario a los intereses sociales y económicos.

Este último carácter, como hemos visto, depende de su concreción de cuál sea el criterio doctrinal que se mantiene como característico del abuso:

- I) en forma subjetiva, se refiere propiamente a la intención del agente, intención de perjudicar, o bien que no se tomen las debidas precauciones. Lo que define a este criterio es la intención de perjudicar del agente;
- II) en forma objetiva, cuando el daño proviene de un exceso o anomalía en el ejercicio, produciendo daños a la sociedad o a la economía. El exceso o anomalía puede ser intencionado o no. Lo característico de este criterio es que las consecuencias del ejercicio sean contrarias al fin económico-social de la norma o el ordenamiento.

Modernamente ha surgido otro criterio, el mixto, que es fruto de la armonización de los dos anteriores (165).

Se desprende de estos requisitos, que la característica fundamental de esta figura, es su indeterminación. La dificultad en determinar, cuál es el fin social y económico de la norma o en mayor medida, cuál es el ánimo, intención o interés del agente, convierte a la teoría general del abuso, en una norma de carácter general, con todos los peligros que ello supone, no obteniéndose, por el contrario, ninguna de las finalidades mediante las cuales los autores justifican esta figura.

Siendo por tanto, el carácter indeterminado de la doctrina del abuso de derecho la consecuencia de su ineficacia y del riesgo en su aplicación, si conseguimos determinar "a priori" cuál es la finalidad de la ley, por una institución que no sea el poder judicial, y que sea representante aunque sea indirecto de la soberanía popular, lograremos atenuar los defectos y peligros que se observan actualmente, ya que en este caso los tribunales ordinarios tendrá que analizar si la finalidad en el ejercicio de un derecho, se corresponde o no, con la finalidad explícita del Ordenamiento y por tanto de la Constitución.

Lo importante consiste entonces en precisar: ¿quién fija estos principios constitucionales, los fines de la Constitución?, esto es, ¿quién posee la capacidad de interpretar oficialmente la Constitución? La respuesta es obvia en un Estado de Derecho, la única institución que tiene la capacidad para dar una interpretación oficial de la Constitución es el Tribunal Constitucional, por tanto, éste será el que mediante sus sentencias fijará cuáles son los principios políticos de la Constitución y dentro de ellos, por lo tanto, cuál es la finalidad de ésta.

Es decir, en un Estado de Derecho se dispone ya de una institución que realiza la interpretación oficial de la Constitución, interpretación que se refleja en sus sentencias, haciendo constar en ellas cuál es la fórmula polí-



tica de la Constitución (166) y por lo tanto cuáles son los valores y fines que se persiguen por ésta.

Por tanto el abuso de derecho entendido constitucionalmente se caracteriza por ser: el ejercicio de un derecho subjetivo, objetivo y externamente legal, que produce como resultado un perjuicio contrario, a los valores y fines que establece la Constitución, valores y fines que vienen determinados en las sentencias del Tribunal Constitucional (167).

Esta formulación Constitucional de la teoría general del abuso de derecho, elimina la indeterminación que caracteriza a su formulación tradicional, ya no es una norma de carácter general, ni se aumenta con ésta el poder judicial. Por el contrario entendida de esta forma la doctrina del abuso, sirve como instrumento de adecuación del derecho a los cambios sociales, económicos y culturales, dada la composición, forma de elección, funcionamiento y competencias del Tribunal Constitucional, ya que la justicia Constitucional tiene un importante cometido de cara a la integración y adecuación de la norma constitucional a los cambios socio-económicos (168).

Y al mismo tiempo también se convierte en un instrumento más para la garantía de la realización del principio de supremacía constitucional (169).

Una teoría del abuso de derecho con estas características, y dada la necesidad en un Estado social de Derecho de aplicar figuras que atenúen los abusos en el ejercicio de los mismos, está más que justificada.

#### 9.4 El abuso de los derechos fundamentales

En el apartado anterior hemos subrayado la necesidad en un Estado social de Derecho de aplicar teorías que atenúen el "abuso" en el ejercicio de los derechos subjetivos, y para ello hemos reelaborado desde presupuestos constitucionales toda la temática del abuso de derecho en su aplicación al Derecho privado, eliminando de esta forma la ineficiencia y los peligros que supone su aplicación con los caracteres actuales.

En cuanto al ámbito de aplicación de esta doctrina sosteníamos que se reduce al campo de los derechos subjetivos. No es posible su aplicación al campo de las actividades que desarrolla el Estado.

Anteriormente hemos definido la naturaleza de los derechos fundamentales, como derechos subjetivos fundamentales, con unos caracteres especiales que les diferencian de los otros derechos subjetivos. Por tanto nos toca ahora analizar si es posible la aplicación de esta figura al ejercicio de los derechos fundamentales, análisis que supone el tema central de esta tesis y que desarrollaremos en los siguientes apartados.

10. EL "ABUSO" DE DERECHO Y LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES

"Genéricamente puede entenderse por abuso de derecho, un uso anormal de cualquier poder jurídico, el ejercicio del derecho encuentra ciertos límites de corrección y de buena fe inseparable de las exigencias de una convivencia ordenada y cuya viola-ción da lugar al fenómeno del abuso".

Giuseppe Lumia

Principios de Teoría e  
Ideología del Derecho.

Traducción de A. Ruíz Mi  
guel. Debate, Madrid,  
1968, pág. 107.

## 10.1 Introducción

Hasta aquí hemos demostrado que ni el recurso de "détournement de pouvoir" ni el control de la desviación del poder legislativo del Parlamento, suponen el trasplante de la teoría general del abuso a estos ámbitos del Ordenamiento.

Por otro lado, también se ha demostrado que los supuestos teóricos que contemplaría, de reconocerse en estos ámbitos del Ordenamiento, la figura del abuso de derecho, ya están regulados y sancionados respectivamente por la teoría de la desviación del poder en derecho administrativo y la desviación del poder legislativo del Parlamento. Ambas teorías en sus respectivos ámbitos, ponen límites a las actuaciones de estos poderes, límites que establecen cuándo una actuación sea "abusiva" y cuándo no. En efecto estas teorías regulan y sancionan los posibles "abusos" que puedan cometerse en el ejercicio de estas potestades. Por lo tanto, los autores que ven el détournement de pouvoir o en la desviación del poder legislativo del Parlamento, la aplicación al Derecho Público de la teoría general del abuso de derecho, confunden el concepto general de "abuso", es decir el uso de un derecho o facultad que contradice los límites que el Ordenamiento señala para este derecho o facultad, con la teoría general del abuso de derecho, que es un límite especial que se aplica al ejercicio abusivo de los derechos privados subjetivos.

El "uso abusivo" de un derecho o facultad y por tanto los límites, la fórmula jurídica de prevenirlos y sancionarlos, surgen de la necesidad de compatibilizar los derechos individuales y los públicos económico-sociales, su origen coincide con el nacimiento de éstos y se extiende a todos los ámbitos del Ordenamiento. Cada campo, de acuerdo con las características y naturaleza de sus normas, elabora unos límites para impedir y sancionar en su caso, los usos abusivos que se cometen. Cada campo del ordenamiento concreta estos límites y la fórmula de aplicarlos de acuerdo con las características que lo definen. De este modo, el uso de todo derecho o facultad puede ser "abusivo"

pero de ello no es posible deducir que para prevenir y sancionar todo "uso abusivo" se tenga que trasplantar la teoría general del abuso de derecho.

Esta confusión entre "abuso" y teoría general del abuso de derecho, también se observa en aquellos autores que pretenden trasplantar su aplicación al ejercicio de los derechos fundamentales.

Partidario de trasplantar la teoría general del abuso de derecho, en derecho privado, al campo del ejercicio de los derechos fundamentales, es entre otros, el profesor Carmelo Gómez Torres, aunque en este caso hemos de reconocerle su sincero sentido democrático que pretende defender, desde nuestro punto de vista equivocadamente, mediante el trasplante de esta figura. Así nos dice "se han iniciado estas reflexiones con la referencia a una clara postura impugnadora de la Proyección de la teoría del abuso al ámbito de los derechos fundamentales. Ahora tras la consideración de los supuestos y prácticos señalados, estimo que hay motivos suficientes para sostener la tesis contraria" (170).

El autor en su exposición, parte de la confusión también entre los dos términos, el de "abuso" y el de teoría general del abuso, es decir el abuso como límite intrínseco en el ejercicio de los derechos subjetivos privados. Al confundirlos piensa que si es posible abusar en el ejercicio de un derecho o facultad, es posible aplicar la teoría general del abuso, cuando no es así.

El abuso de derecho según la teoría general en Derecho privado, viene definido según el autor, por la presencia de un uso de un derecho subjetivo, generalmente mal intencionado, aunque este requisito no es siempre necesario, la lesión a un interés ajeno, no de un derecho, porque en este supuesto existiría colisión de derechos, y la prevalencia otorgada por el ordenamiento jurídico al interés por su significación ética, social y jurídica sobre el derecho subjetivo en cuestión (171), que el daño sea inmoral o antisocial (172), ya que esta inmoralidad del daño o su carácter antisocial, es la que le priva de la protección legal. El límite especial del abuso en Derecho privado, no



se basa en la ilegalidad del ejercicio, sino en su legalidad (173), y finalmente la teoría se caracteriza, porque la sanción no es la prohibición o anulación del acto, sino la indemnización de los perjuicios causados.

Por el contrario, el ejercicio de cualquier derecho o facultad puede resultar "abusivo", cuando el resultado de las actuaciones, contradicen un interés protegido por el ordenamiento con carácter prevalente. Para regular, prevenir y sancionar los usos abusivos se establecen unos límites. Todo límite, ya sea de un derecho o de una facultad, va dirigido a prevenir y sancionar cualquier acto abusivo (174), y los límites se concretan y garantizan de acuerdo con las características de la rama del ordenamiento donde actúan.

La doctrina general del abuso, establece un límite intrínseco para sancionar, regular y prevenir los "abusos" que se cometen en el ejercicio del derecho de propiedad y que más tarde ampliará su ámbito de aplicación al ejercicio de los demás derechos subjetivos privados.

En efecto, en todo el campo del ordenamiento existen límites porque se puede "abusar" de los derechos o facultades, y no parece consecuente afirmar que la teoría que construye un límite específico en Derecho privado, porque en los demás ámbitos del ordenamiento, existan ejercicios "abusivos", sea motivo suficiente para justificar su trasplante.

Así existe un límite intrínseco que nos dice cuándo el ejercicio de un derecho subjetivo privado es "abusivo". Es una teoría general que, por otra parte, hemos criticado por su ineficacia y por el peligro que supone su reconocimiento, en el capítulo I de esta tesis, intentado finalmente construir, desde presupuestos constitucionales, otra fórmula que siendo más acorde con la naturaleza y caracteres de la institución, elimine, en lo posible, los defectos que hoy la caracterizan. También existe un límite el détournement de pouvoir, sanciona los "abusos" que puede cometer, en el uso de sus facultades, la Administración. Un límite que reúne las características y garantías necesarias de acuerdo con el derecho que trata de limitar y que no tiene parecido

alguno con la teoría general de abuso que se aplica en Derecho civil. Hay otro límite que prohíbe el "uso abusivo" en el ejercicio de la potestad legislativa, desviación del poder legislativo del Parlamento.

La existencia de tales límites, no demuestra la posibilidad de trasplante de la teoría general del abuso de derecho, sino todo lo contrario. Evidencia que cada ámbito del ordenamiento, independientemente y de forma diferente, ha positivizado sus fórmulas, sus límites para regular, prevenir y sancionar, los supuestos "abusivos" que se den en el uso de sus derechos o facultades. Diferencias basadas en la naturaleza y caracteres de cada uno de estos campos, diferencias en la fórmula, en unos casos límites intrínsecos, basados en el perjuicio ajeno, en la legalidad del acto mal intencionado, en otros, límites extrínsecos. Unos son normas de carácter general, otros concretas. Las sanciones son diferentes y también las garantías que los rodean, para que la aplicación de estos límites no produzca la destrucción de la esencia del derecho que limitan.

Por las mismas razones, el ejercicio de los derechos fundamentales, también tiene límites y la mayoría de ellos, van dirigidos a prohibir el ejercicio de estos derechos cuando su uso es "abusivo". El orden público, el bien común, la moral y en mayor medida las facultades excepcionales que se conceden al Estado para su suspensión, suponen los límites, que de acuerdo con la naturaleza de estos Derechos, prohíben entre otros hechos, el "uso abusivo" que se puede realizar de los mismos.

Por tanto, una teoría global y general del "abuso" en el Derecho coincide con la teoría de los límites en cada ámbito del Ordenamiento.

Para finalizar esta introducción conviene aclarar que cuando en el segundo capítulo abogábamos por un tratamiento constitucional de la teoría general del abuso de derecho, no nos estábamos refiriendo al tratamiento constitucional de todos los límites del concepto general de "abuso", ya que a pesar de ser conveniente y necesario, escapa, dada su amplitud, a los límites de es

ta tesis que es la teoría general del abuso y los derechos fundamentales. Mant\_ tenemos un tratamiento constitucional solo, en este caso, del límite específico del abuso de derecho que se reconoce, implícita o explícitamente, en la mayor parte de los códigos civiles.

## 10.2 El "abuso" de los derechos fundamentales

Se ha insistido a lo largo de estas reflexiones, que la idea de "abuso" está ligada a la de límites y que éstos surgen con los derechos económico-sociales (175).

La idea de "abusar" en el ejercicio de los derechos, no se origina en el Derecho privado. La noción de "abuso" tiene su origen en los cambios sociales, políticos y económicos de mitades del siglo XIX. Lo arranca del Derecho privado es la teoría general del abuso, mediante la cual se intenta construir un límite específico al ejercicio "abusivo" del derecho de propiedad (176).

El ejercicio de un derecho, o facultad, es "abusivo" cuando el resultado entra en conflicto con otro interés protegido por el Ordenamiento con carácter prevalente. Para establecer cuáles son los intereses que en caso de conflicto tienen que prevalecer, el legislador establece unos límites al ejercicio de los derechos o facultades; para establecer estos límites, el legislador tiene que valorar los intereses enfrentados y decidir cuáles deben ser protegidos con carácter prevalente. Para realizar esta valoración, tiene que basarse en la naturaleza y funciones de cada derecho o facultad. No tiene el mismo nivel, dada la naturaleza y función, un derecho fundamental, que una facultad de la Administración, y tampoco un derecho subjetivo.

Así los límites, que son los que establecen los intereses que tienen que defenderse en caso de conflicto, han de realizarse de acuerdo con la naturaleza y funciones de cada derecho o facultad. Por tanto, una teoría de los límites, es decir una teoría del "abuso", no puede tener validez general para todo el Ordenamiento, por el contrario, tendrá que concretarse en cada ámbito y en algunos casos, como en el de los derechos fundamentales, en cada derecho. En este sentido, la teoría de los límites y una teoría de las actuaciones "abusivas" coinciden. El límite determina cuando un ejercicio es "abusivo" y lo prohíbe y sanciona caso de producirse.

Conviene tener presente, al estudiar el "abuso" de los derechos fundamentales, esta diferencia entre "abuso" y teoría general del abuso. Que no se haya establecido esta diferencia ha sido una de las causas de la gran confusión que reina actualmente en este tema (177).

Por tanto, el que hoy el límite que determina y sanciona el abuso en Derecho privado, reconocido implícita o explícitamente en todos los códigos civiles, sea intrínseco y tenga una formulación de carácter general, responde a los caracteres que definen fundamentalmente al derecho de propiedad y a los fines que se persiguen con una limitación de estas características; como vimos estudiar en el capítulo segundo esta figura; pero no tienen que ser y no lo son, las características que definan a todos los límites.

En resumen, según el concepto general de "abuso", el ejercicio de un derecho será abusivo cuando el resultado contradiga un interés público protegido por el Ordenamiento, por lo tanto, es posible que se den actuaciones "abusivas" en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Sin embargo, el problema reside en cómo tiene que ser la fórmula para determinar y sancionar estos usos "abusivos" de los derechos fundamentales; es decir cuáles y qué alcance y garantías tienen que tener los límites para que impidan el ejercicio "abusivo" de estos Derechos, sin destruir su esencia. Y más concretamente ver si es necesario un límite especial, que se añada a los generales, para prevenir el "abuso" en el ejercicio de estos Derechos.

Algunas declaraciones contienen además de los límites ordinarios, como el orden público, el bien común, la moral, etc., un límite especial que prohíbe el ejercicio abusivo de algunos derechos fundamentales (178). Hay autores que apoyándose en estos precedentes, pretenden trasplantar la teoría general del abuso al ejercicio de los derechos fundamentales. El profesor Carmelo Gómez Torres, al que le reconocemos su gran labor en el estudio y aplicación de la teoría general del abuso de derecho a nuestro ordenamiento, parte de postulados que temo poco convincentes para probar que jurídicamente es posible el trasplante de esta teoría al ámbito de los derechos fundamentales (179).

Apoyándose en la teoría, elaborada por la doctrina alemana, de la Drittwirkung nos dice, "hasta aquí se ha tratado de justificar la proyección de la figura del abuso de derecho al ejercicio de los derechos fundamentales, a partir de la incidencia de estos derechos en la esfera privada, se ha querido demostrar que si el abuso de derecho funciona como un límite general al ejercicio en el plano privado de los derechos subjetivos, tal figura puede desempeñar un papel análogo en aquellos supuestos, en que esos derechos fundamentales repercuten y se realizan en relaciones de Derecho privado (180).

Según la Drittwirkung o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales, se considera que estos Derechos ofrecen al intérprete unos criterios básicos orientadores, para precisar el significado en las llamadas "cláusulas generales" o en las "normas de contenido genérico" en este sentido. los derechos fundamentales, asumen un papel integrador respecto a la totalidad del ordenamiento jurídico. Este papel puede llevarse a cabo, según el citado profesor, positivamente, mediante la adecuación jurisprudencial de ciertos principios, como por ejemplo, el de la autonomía contractual, y de ciertas instituciones como la exigencia de notificación a los valores constitucionales, o negativamente, cuando la jurisprudencia invalida actos jurídicos legalmente correctos, pero jurídicamente opuestos a los valores constitucionales que se expresan en los derechos fundamentales (181).

A esta forma de la eficacia frente a terceros es lo que el profesor E. Stein, llama eficacia mediata frente a terceros. Pero no vemos como es posible de deducir, que la eficacia mediata frente a terceros con la que estamos plenamente de acuerdo, sea la prueba de que es posible el trasplante de la teoría general del abuso al ejercicio de los derechos fundamentales. El que los derechos fundamentales sirvan como criterio de interpretación, que tengan la función de integrar el Ordenamiento, es consecuencia de la naturaleza de estos Derechos. Como derechos fundamentales influncian y vinculan a todo el Ordenamiento, pero deducir del hecho de que influencia a todo el Ordenamiento, que se les pueda aplicar todas las instituciones del Ordenamiento, me parece erróneo (182).



Es más, este papel integrador respecto a la totalidad del Ordenamiento que tienen los derechos fundamentales, me lleva a afirmar, que la teoría general del abuso que hoy se aplica en Derecho privado, tiene que perfeccionarse reformulándose a partir de categorías de Derecho constitucional. En resumen, vemos como el principio de eficacia mediata frente a terceros, no demuestra la posibilidad jurídica del trasplante de teorías de Derecho privado a los de rechos fundamentales; lo único que se mantiene en ella es que los derechos fun damentales vinculan e influyen a todo Ordenamiento.

El mismo autor sigue diciendo; si el abuso del derecho, funciona como un límite general al ejercicio en el plano privado, de los derechos subjetivos, tal figura puede desempeñar un papel análogo en aquellos supuestos en que estos Derechos repercutan y se realicen en relaciones de Derecho privado. Es decir como también según algunos autores, mediante la teoría de la Drittwirkung se llega a la conclusión de que los derechos fundamentales no afectan tan solo a las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sino también a las relaciones de los particulares entre si, en el plano del Derecho privado. Como por otro lado la doctrina del abuso de derecho se aplica a las relaciones particulares en Derecho privado, se extiende al ejercicio de los derechos subjetivos y como, según estos autores, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, no hay inconveniente en aplicar esta teoría a los derechos fundamentales. Co mo vemos, parte de presupuestos erróneos, no se puede identificar derechos fundamentales y derechos subjetivos. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos pero con caracteres especiales que impiden se les apliquen todas las figuras e instituciones que se predicán de los derechos subjetivos de carácter privado. Como dijimos los derechos fundamentales son irrenunciables, intransmisibles, inalienables, imprescriptibles, inembargables, diferenciándose esencialmente de los derechos subjetivos. Pero aún en el caso hipotético de admitir la posibilidad de identificar derechos subjetivos (183) y derechos fundamentales, el supuesto sobre el que teóricamente se aplicaría la teoría general del abuso al ejercicio de los derechos fundamentales, sería que el

ejercicio de uno de estos Derechos y en virtud del principio, como dice Stein, de la eficacia mediata frente a terceros, se usara el relaciones de Derecho privado con la única y deliberada intención de perjudicar a terceros. Tendría mos entonces que analizar en qué derechos fundamentales, de acuerdo con los caracteres que los definen, puede darse este supuesto, porque es evidente que en todos, no puede darse; por ejemplo el ejercicio del derecho a la propia vida, que no es el derecho a conservar la propia vida, sino que nadie puede aten tar contra la vida de los demás, es evidente que uno usando de este derecho, no puede nunca hacerlo con el solo ánimo e intención de perjudicar a otro. Analizando, uno por uno, todos los derechos fundamentales, veríamos como son muy pocos a los que se podría aplicar este supuesto teórico, por ejemplo a la libertad de coalición y que en el caso hipotético de producirse, podrían muy bien aplicársele para prohibirlo, los límites generales que ya existen en los derechos fundamentales, resultando la teoría general del abuso superflua.

A mayor abundamiento, conviene recordar que la teoría de la eficacia inmediata frente a terceros de los derechos fundamentales es otro ejemplo de intento de trasplante de una teoría de Derecho privado al campo de Derecho pú blico, y que hoy en día, lo referente a la eficacia inmediata, está rechazada por la mayor parte de los autores; en este sentido, E. Stein afirma su imposi bilidad.

Se desprende de las anteriores reflexiones, que jurídicamente no es po sible el trasplante de la teoría general del abuso de derecho al campo de los derechos fundamentales.

El profesor Recasens Siches partiendo del principio de que "no debe haber libertad para los enemigos de la libertad" plantea como fórmula para positivizar este principio fijar un límite general que prohíba el ejerci cio de determinados derechos fundamentales cuando su uso se realice con ánimo de atentar contra instituciones democráticas. En este sentido ve favorable mente la fórmula del artículo 18 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 y también interpreta como positivadores de este principio el

artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas, "nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades, o realizar actos tendentes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta declaración" (184).

De modo análogo, el artículo 17 de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales del Consejo de Europa, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950: "Ninguna de las disposiciones de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en la presente Convención o limitaciones más amplias de esos derechos o libertades que los previstos en dicha Convención" (185).

Sin embargo, no se desprende de la lectura de estos dos artículos, que se pretenda con ellos aplicar la teoría general del abuso al ejercicio de los derechos fundamentales, sino todo lo contrario. En ellos se prohíbe una clase de interpretación, es decir que los derechos fundamentales no deben utilizarse en un determinado sentido, el citado artículo 17 dice más adelante, "que no puede reconocerse más limitación, ni limitación más amplia que las previstas en dicha Convención" y en dicha Convención no se contempla un límite que reconozca la teoría general del abuso, ni siquiera un límite especial que reconozca el abuso. Por tanto tenemos que deducir que basta para la Convención, con los límites ordinarios para sancionar las interpretaciones abusivas que prohíbe.

En estos artículos, tanto de la Convención como de las Naciones Unidas, se pretende precisar cual es el fin de los Derechos Humanos, pero intentar fundamentar con ellos una competencia a priori del poder político para restringir los derechos políticos esenciales, no es admisible (185).

El reconocer un límite especial para la defensa de la libertad, que basándose en una norma de carácter general, prohíba el ejercicio abusivo de los derechos fundamentales, se convierte en un arma para el Estado, que su solo reconocimiento contradice la esencia de estos Derechos.

Si bien es necesario prohibir la libertad a los enemigos de la libertad, hay que poner los medios adecuados y proporcionales para este fin, y en el cado del límite especial del abuso, esta proporcionalidad entre medio y fin no existe, ya que el medio produce la destrucción de la esencia de los derechos fundamentales, basándose en el fin formal de prohibir la libertad a sus enemigos.

Si una de las finalidades de los derechos fundamentales es la de servir de límite al ejercicio del poder del Estado, función que se tiene que reivindicar de nuevo con fuerza, el reconocimiento de un límite especial con las características que definen a la teoría general del abuso, contradice esta finalidad, ya que mediante un límite de esta clase, se dota al Estado de un arma con la que puede prohibir el ejercicio de cualquier derecho fundamental, alegando que mediante su uso se intenta la destrucción de la libertad (186).- De nuevo vemos como la función real de la teoría general del abuso de derecho y del límite especial que se elabora a partir de esta teoría, no es impedir los usos abusivos en el ejercicio de los derechos, en este caso fundamentales, sino la de dotar al poder del Estado de facultades para el control del ejercicio de los derechos fundamentales. El trasplante de la teoría general del abuso, al ejercicio de estos Derechos, es reivindicada por aquellos autores partidarios de un fortalecimiento del poder del Estado, en la línea que, como hemos dicho, caracteriza al Estado social de Derecho.

Un límite especial con estas características, que controle el ejercicio de los derechos fundamentales es característico, de esta forma de Estado, y de la tendencia que se observa en él, de aumentar la seguridad a costa de la libertad.

Es decir un límite específico que prohíba de una forma general el uso abusivo de un derecho, es característico del Estado social de Derecho.

En esta forma de Estado nace y son los teóricos, salvo excepciones, de este Estado, los partidarios de ampliar el ámbito de aplicación de la teoría general de derecho, hasta llegar a los derechos fundamentales. Una vez se ha probado la eficacia de este límite especial para el control por el Estado intervencionista de las relaciones privadas, se intenta ahora, que controle de la misma forma, el ejercicio de los derechos fundamentales.

A mayor abundamiento, se demuestra también la vinculación de la teoría general del abuso al Estado social de Derecho, en el hecho de que la primera Constitución que lo positiviza expresamente, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, se caracteriza por ser una Constitución neocapitalista, al servicio del Estado social de Derecho.

Pero a pesar de todos los inconvenientes y peligros que le imposibilitan el trasplante de esta teoría, nos queda todavía por analizar, si es necesaria su adaptación, por motivos políticos, para prohibir la libertad a los enemigos de la libertad.

En primer lugar y contradiciendo la opinión de algunos autores (187), no vemos como el hecho, de que la teoría general del abuso de derecho esté reconocida en el título preliminar de la mayoría de los códigos-civiles, puede suponer un argumento para reconocer la posibilidad política de su trasplante. Hay que hacer notar, que el hecho de que nosotros, en el segundo capítulo de la presente tesis, abogamos por un replanteamiento de la teoría general del abuso en Derecho privado desde categorías constitucionales, es decir, reivindicábamos para la teoría constitucional toda la temática sobre la teoría general del abuso, no quiere decir que reconociéramos la posibilidad y necesidad de su aplicación a los derechos fundamentales. Por el contrario lo que mantenemos es que dadas las deficiencias, peligros e ineficacias del tratamiento actual de la figura del abuso en Derecho privado, se hace necesario un replan



teamiento de la misma, de acuerdo con el principio de que la teoría del abuso es una doctrina materialmente constitucional, es una figura que dada su naturaleza pertenece al campo constitucional, y para ello nos apoyábamos en el hecho de que determinadas instituciones, por ejemplo en nuestro Ordenamiento, tratadas en el título preliminar del código civil, son instituciones materialmente constitucionales, y que por lo tanto un tratamiento correcto de las mismas, tenía que hacerse desde categorías constitucionales (188). Pero de mantener que la teoría general del abuso, es una institución materialmente constitucional, y que para un tratamiento correcto de la misma tiene que reelaborarse desde categorías constitucionales, no puede deducirse que pueda aplicarse como límite especial al ejercicio de los derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales no son la Constitución (189) sino parte de ella, es su parte dogmática. Los derechos fundamentales como fines del Estado que son, en ellos se inspira todo el Ordenamiento, pero es un error mantener que todas las instituciones material o formalmente constitucionales, por el hecho de serlo se puedan aplicar a los derechos fundamentales. Nuestra tesis, consecuente con todos los razonamientos anteriores, se basa por un lado en mantener la necesidad de dar un tratamiento constitucional a la teoría general del abuso como límite al ejercicio de los derechos subjetivos privados, por otro negamos que pueda aplicarse esta teoría, ya sea con su tratamiento actual o con el constitucional, como límite especial al ejercicio de los derechos fundamentales.

En su lugar vimos como los intentos para demostrar la necesidad del trasplante, que se basaban en asimilar la teoría general del abuso de derecho a los recursos de détournement de pouvoir o al de desviación del poder legislativo del Parlamento, no han fructificado, al ser figuras distintas, tanto en el origen, como en su naturaleza, ámbito y sanción. El hecho de que existan estos límites que prohíben el ejercicio abusivo en el campo administrativo o legislativo, no ayuda a demostrar la necesidad política de reconocer el límite especial en el campo de los derechos fundamentales, sino todo lo con-



trario, demuestra que en cada campo del ordenamiento, se elaboran aquellos límites necesarios, de acuerdo con las características de dicho campo, para prevenir y sancionar el uso "abusivo" que pueda realizarse del derecho, en este caso facultad. Resulta superfluo por tanto, cualquier trasplante de la teoría general del abuso.

Demostraremos también que lo mismo ocurre en los derechos fundamentales.

Otro tema que se escapa del ámbito de esta tesis, sería el estudiar todos los límites desde categorías constitucionales, tema importante y necesario para respetar el principio de primacía constitucional y también la esencia de los derechos fundamentales.

Los autores partidarios de la teoría del trasplante por motivos políticos (190) argumentan a su favor, que hoy día existen límites políticos en el ejercicio de los derechos fundamentales que prohíben el uso abusivo de los mismos (191), como el orden público, en mayor medida en su aplicación al derecho de asociaciones; las facultades excepcionales de suspensión (192) etc., y deducen que si existen ya límites políticos al ejercicio de los derechos fundamentales que prohíben sus usos abusivos, no hay inconveniente político para trasplantar el límite especial del abuso.

En primer lugar, si ya existen los límites ordinarios para sancionar los supuestos abusivos en el ejercicio de estos Derechos, nos preguntamos: ¿qué necesidad hay de forzar el trasplante de un límite especial? En segundo lugar se confirma, una vez más, la tesis de que en cada campo ya existen las figuras y límites necesarios para prohibir los usos abusivos y que por lo tanto es superfluo el intentar trasplantar uno especial. En tercer lugar de la existencia en el campo de los derechos fundamentales, de límites políticos, con los caracteres, garantías y requisitos que caracterizan a la naturaleza de estos Derechos, no se puede deducir que se le puedan trasplantar todos los límites del Ordenamiento, que tengan un carácter político.

En efecto, hasta los mismos autores partidarios de la teoría del trasplante admiten, que en el campo de los derechos fundamentales los límites or-

dinarios y también las facultades excepcionales de suspensión, prohíben el uso abusivo de tales derechos. Por tanto la teoría del trasplante de la figura del abuso de derecho al campo de los derechos fundamentales, no solamente es imposible jurídica y políticamente, y peligrosa al atentar sus reconocimientos contra la esencia de tales Derechos, al imposibilitar la realización de la función de limitar el poder político del Estado, además es superflua e innecesaria. En efecto, aplicando el concepto general de "abuso" al ejercicio de los derechos fundamentales, el uso de uno de estos derechos será "abusivo" cuando con su ejercicio se atenta contra un interés público protegido por el Ordenamiento, en este caso un interés público es defender la libertad contra los enemigos de la libertad. Para prevenir y sancionar estos usos abusivos de la misma forma que en otros campos del Ordenamiento, se han establecido unos límites, orden público, bien común, moral y también las facultades de suspensión, que en circunstancias excepcionales, puede aplicar el Estado. Estas son las figuras que, reuniendo las características y garantías necesarias para no atentar con su aplicación a la esencia de tales derechos, pueden contribuir, como parte que son de los derechos fundamentales, a su realización.- Para prohibir los usos "abusivos" de estos Derechos, basta con los límites ordinarios ya señalados, no es necesario el reconocimiento de ninguno especial (193).- Si existen deficiencias o imperfecciones en la formulación de los límites ordinarios, habrá que perfeccionarlos. Pero resulta innecesario pretender trasplantar la teoría general del abuso, cuando ya existe una teoría de los límites ordinarios en el ejercicio de los derechos fundamentales, creada en función de la naturaleza y funciones de los Derechos a los que tiene que aplicarse.

En este sentido, cualquier intento de trasplantar o adaptar la teoría general del abuso de derecho, no sólo es imposible jurídica y políticamente peligrosa, sino que además es superflua e innecesaria, al existir ya una teoría que regula los supuestos a los que teóricamente se les aplicará la teoría trasplantada. La teoría del "abuso" de los derechos fundamentales es la teoría de los límites ordinarios de tales derechos.

Finalmente, conviene subrayar, que al igual que la teoría general del abuso de derecho de propiedad, no ha impedido que el abuso se convierta en lo normal y el ejercicio ajustado a los límites en lo excepcional (194); la teoría de los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales, no elimina los "abusos" que se pueden dar en el ejercicio de tales derechos, su perfección puede ayudar a disminuir el número de actuaciones abusivas, pero no eliminarlas totalmente.

Hay que señalar, que el "abuso" dimana, como nos dice el profesor P. Lucas Verdú: "de las desigualdades sociales y económicas sobre los débiles, de la burocratización y el centralismo" (195), y que por tanto para su desaparición no basta con la creación de figuras jurídicas, sino que es necesario crear las condiciones económicas, sociales y políticas que las hagan posible (196).

Para defender la libertad, nos dice el profesor Gregorio Peces-Barba: "es necesario crear las condiciones sociales, económicas y culturales que la hagan posible" (197), o como dice el profesor P. Lucas Verdú: "es menester una modificación sustancial de las condiciones neocapitalistas para conseguir la plena realización de los Derechos y libertades del hombre evitando su abuso" (198).

Sin embargo a pesar de ser éstas las causas reales del uso "abusivo" de los Derechos y libertades fundamentales "la democracia militante tiene derecho a defenderse de sus enemigos: el totalitarismo de derechas e izquierdas, el aventurismo de grupos nacionales e internacionales, las asociaciones secretas y subversivas, en definitiva a de luchar contra todos aquellos que rechacen el libre juego democrático, porque impiden la regularidad y el goce normal de los Derechos Humanos" (199), a ello contribuyen los límites en el ejercicio de tales Derechos. Los límites ordinarios a los derechos fundamentales son mediante un tratamiento correcto de los mismos, suficientes para prohibir la libertad a los enemigos reales de la libertad (200).

### 10.3 El abuso de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana

#### 10.3.1 Marco histórico, político y económico de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana

La ley fundamental de Bonn, es la primera Constitución que de una forma expresa, reconoce el límite especial del abuso, al ejercicio de algunos de rechos fundamentales. Por ello mediante el estudio del marco en que se dió y el análisis de su articulado, podremos confirmar o rebatir las hipótesis anteriores.

El 1º de septiembre de 1948 se reunió el Consejo Parlamentario en Bonn, para iniciar sus trabajos y eligió presidente al Dr. Konrad Adenauer. Antes de reunirse el Consejo se habían dado a conocer varios proyectos de Constitución más o menos oficiales.

El criterio predominante entre los aliados occidentales, era que Alemania debería organizarse políticamente en una federación de Estado con delegación de ciertos poderes indispensables a un gobierno central (201). Al cabo de ocho meses de trabajo, el Consejo Parlamentario, aprobó la Ley Básica para la República Federal de Alemania. Después de aceptarla, las gobernaciones militares con algunas reservas y ratificada por los Parlamentos del Estado - con la excepción de Baviera que la consideró demasiado centralizante - entró en vigor el 23 de Mayo de 1949.

La Ley Básica, refleja la preocupación de sus autores, por darle a Alemania un Parlamento soberano y al propio tiempo, un Gobierno fuerte y estable que no pudiera ser derribado tan fácilmente como la República de Weimar.

Sin embargo, la promulgación de la Constitución de la República Federal, no devolvió a la Alemania Occidental su soberanía plena. Cesaron en sus funciones los gobiernos militares, pero su lugar fue ocupado por una institución u organismo civil, llamado Alta Comisión Aliada, en la que se hallaban

representados, los Estados Unidos, el Reino Unido, Francia, y en reemplazo del conjunto de preceptos, directivas, ordenanzas y leyes distadas por los gobiernos militares, la Alemania Occidental, recibió el nuevo código, el Estatuto de Ocupación.

El Estatuto de Ocupación, reservaba a los Aliados poderes en relación con el desarme y la desmilitarización, los controles acordados por el Ruhr la abolición de los carteles industriales, las reparaciones pendientes, las relaciones exteriores, incluido el control del comercio y el intercambio exterior, la protección y seguridad para las fuerzas aliadas en territorio alemán, y el cumplimiento de la Ley Básica y las Constituciones de la "Länder" se otorga soberanía casi completa a la República Federal en los asuntos interiores con algunas restricciones por lo que concernía al uso de los fondos y víveres, y otros artículos de primera necesidad que habían de ser satisfactoriamente administrados con el fin de que la Alemania Occidental pudiera renunciar cuanto antes a la ayuda exterior.

Finalmente, los aliados se reservaban el derecho de declarar nula toda ley que desconociera sus poderes.

Las decisiones de los Altos Comisionados, tenían que ser tomadas por mayoría de votos, pero en los asuntos económicos nada podía decirse sin el voto afirmativo de los Estados Unidos, o lo que era lo mismo: los norteamericanos tenían derecho de veto, fundado en la muy poderosa circunstancia que su país llevaba la mayor parte de la carga financiera en la Alemania Occidental.

Ante esta situación podemos afirmar, que la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, no nace de la soberanía del pueblo alemán, sino que supone una concesión de los países aliados con el fin que ya se apuntaba antes de la Conferencia de Potsdan, de utilizar Alemania como muralla política y militar frente a Rusia.

Por ello cualquier análisis que se haga de la Ley Fundamental de Bonn, tiene que partir de las circunstancias socio-políticas, en que se dió, y ver



en ello no la Constitución de un país independiente, sino la voluntad de los países aliados de construir un Estado independiente y desarrollado económicamente que frenara el avance del comunismo.

En un principio, el pensamiento de los hombres de Potsdan, se centraba en impedir que en Alemania pudiera resurgir el nacional-socialismo, esto estaba muy ligado a la desmilitarización y el desarme de Alemania, e impedir que pudiera resurgir una gran industria que había constituido la base del poderio de la Nación. La cuestión de las reparaciones estaba ligada con la despotenciación industrial de Alemania. Tratábase, evidentemente, de fijar "a priori", un tope a su expansión económica interna. Pero enseguida se dibujaron dos posiciones: Rusia y Francia propugnaban independientemente, por una Alemania sujeta, invertebrada, dividida y, de ser posible, partida, como forma de evitar el resurgimiento nazi. Por el contrario los Estados Unidos e Inglaterra deseaban una Alemania Liberal, centralizada y fuerte; motivos políticos, como hemos dicho y económicos, le inclinaban a ello, ya que el peligro fundamental para éstos, no estaba en el resurgimiento del nacional-socialismo, sino en contener el avance y la influencia soviética en Occidente.

En 1947 iniciaron los gobiernos de los Estados Unidos y Gran Bretaña, trabajos para reunir y resarrollar conjuntamente los recursos económicos de sus zonas, con la aspiración de que en dos o tres años la zona económica resultante, estuviera en condiciones de abastecerse a sí misma. Los anglosajones fundaron consejos económicos alemanes bajo su fiscalización militar. En mayo de 1947, los gobiernos militares de ambos países crearon un Consejo Económico alemán, más tarde ocupado por diputados elegidos por las Landtage, que trabajará subordinado al Consejo Bipartito, formado por norteamericanos e ingleses.

Estos se habían decidido por una Alemania de grandes industrias y grandes empresas privadas; iban a apoyar en Alemania un sistema económico semejante al que priva en sus respectivos países. En cuanto al tema de las reparaciones, ya en abril de 1949, Estados Unidos, la Gran Bretaña y Francia acorda



ron rebajar el número de industrias a dismantelar. En abril de 1951, salieron de Alemania las últimas fábricas dismanteladas.

Alemania dejó de pagar y comenzó a recibir préstamos de los países aliados occidentales en grandes cantidades. Había tenido un conflicto entre las exigencias de reparaciones y los imperativos de la reconstrucción de Alemania, al final se optó por la segunda, era necesario construir una Alemania fuerte, económica y políticamente.

Cuando se elaboró la Ley Fundamental de Bonn, estaba en la mente de todos el recuerdo de los abusos cometidos por el nacional-socialismo, y los peligros del expansionismo soviético. La nueva Constitución se redactó casi exclusivamente sobre la base de evitar la reproducción de las experiencias del próximo pasado (202). Dos fueron los peligros, por tanto, que se tenían que prevenir en la reconstrucción de Alemania por los Aliados. Cualquier decisión que se tomara, ya fuera la de industrializar el país, ya la de elaborar la Ley Básica, iban dirigidas a prevenirlos.

A pesar de las divisiones que existieron en un principio en la forma de hacerlo, entre Francia y la Unión Soviética, independientemente por un lado y Estados Unidos e Inglaterra por otro, finalmente se llegó al acuerdo entre los tres países aliados occidentales, de que la mejor forma de evitar la vuelta del nacional-socialismo y de contener el expansionismo soviético, era la construcción de un Estado Libre, basado en un gobierno fuerte y centralizado asentado en una economía desarrollada que obedeciera al modelo de "economía social de mercado".

La integración de estos dos elementos había probado su eficacia ya en los tres países Aliados.

La Ley Fundamental de Bonn, refleja estas condiciones y al mismo tiempo exigencias, políticas y económicas.

Hay que tener en cuenta que el Estatuto fue revocado por los Altos Comisionados de los tres Estados, el 5 de mayo de 1955, y consecuentemente el

gobierno de Alemania Occidental readquiere su plena independencia y soberanía en esta fecha, posterior a la aprobación de la Ley Fundamental de Bonn. Este puede ser uno de los motivos de que la Ley Básica no asuma en realidad el nombre de Constitución, sino el menos comprometido de Ley Fundamental (Grundgesetz), afirmándose en su "preámbulo" así como en el artículo 146, que es el último de este documento, que un nuevo texto definitivo deberá ser elaborado en cuanto la totalidad del pueblo alemán pueda tomar parte activa en esta tarea (203).

Las modificaciones de la Ley Básica, que reflejan el progresivo aumento del poder del gobierno, se plasman en el sentido de las modificaciones al texto que se realizaron a partir de 1954, y entre ellas alcanzaron especial resonancia las modificaciones constitucionales, expedidas en el curso de 1968, en relación con la proclamación eventual del "estado de tensión" (Spannungszeit) y del "Estado de defensa" (Verteidigungsfall), con el objeto de admitir formas más rápidas de legislación y de intervenciones directas del gobierno federal en sectores normalmente de competencia de los Länders, con importantes restricciones para los derechos y libertades de los ciudadanos.

En estas reformas de 1968, se positivizaron una serie de restricciones permanentes en la libertad, como los del artículo 10, II referente al control de las comunicaciones telefónicas y postales sin posibilidad de recurso alguno (artículo 19, IV, I) también las obligaciones que marca el artículo, 12 a I y 12 a V, y finalmente sobre la utilización de las fuerzas armadas (artículo 87 a IV) (204).

Para contrarrestar los abusos que el poder estatal pueda cometer en el uso de las facultades que se le atribuyen en una situación de necesidad, se pidió por muchas voces, la incorporación a la Constitución, del derecho de resistencia, finalmente se introdujo aunque de una forma muy debilitada en el artículo (20 IV) (205).

Lo peligroso en estas normas, como dice el profesor Stein, es el que "la mayor parte de las normas reguladoras del estado de necesidad, son aplicables también en épocas de paz. Deben servir fundamentalmente para convertir los peligros que amenazan el orden democrático y libre. Pero con este fin se atribuyen al poder estatal una serie de plenos poderes en determinadas materias" (206).

La legislación alemana en su origen, y en particular la Ley Fundamental de Bonn, van más dirigidas hacia una actitud de defensa contra el nacional-socialismo y el comunismo, que a la realización de los derechos fundamentales y que a la contrucción de una sociedad libre, ya que en este caso el Estado Alemán libre y desarrollado, tiene para los Aliados, la función de impedir el resurgimiento del nacional-socialismo, y de contener el comunismo.

Este cambio de finalidad que se nota en la Ley Básica es una característica del Estado Social de Derecho, se basa en la creencia, de que la libertad está en función de una mayor seguridad y que por lo tanto, para aumentar la seguridad, es necesario mantener el poder del gobierno, produciéndose como resultado, que cada vez el Estado Social de Derecho es menos democrático.

Cualquiera que sea la justificación para la legislación limitadora de la libertad, es un hecho que el conflicto entre libertad personal y seguridad del Estado Social a una grave situación bajo la que necesariamente el reconocimiento mundial de los derechos fundamentales ha sufrido gravemente. Vemos pues, cómo el sistema político creado por la ley fundamental obedece a las características del Estado intervencionista, del Estado Social de Derecho.

Veamos ahora, cómo el sistema económico que positiviza la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, también obedece a los deseos de los países aliados de crear un país desarrollado económicamente, como forma de contener a los dos peligros que acechan, siguiendo el principio de que es más fácil controlar, dirigir y gobernar a una sociedad rica que a un país pobre.

La República Federal, se inspira en el principio de la economía social de mercado.

Es cierto que la Ley Fundamental de Bonn no resuelve una gran cantidad de cuestiones referentes al sistema económico pero ello no puede ser argumento para afirmar la neutralidad en materia político-económica de la Ley Fundamental, como señala E. Stein (207).

La falta de concreción que se observa en la Ley Fundamental de Bonn en lo relativo al sistema económico es debido al carácter provisional de la misma Ley Fundamental, y también a que teóricamente no estaban desarrollados totalmente los principios del sistema social de mercado.

A pesar de ello, Nipperdey (208) afirma que la Ley Fundamental impone a la República Federal como único sistema económico admisible la economía de mercado, en su forma de "economía social de mercado". En favor de esta tesis invoca el artículo 2, I de la Ley Fundamental, que garantiza, entre otras cosas, la libre personalidad empresarial (la libre competencia), la libertad de precios y la libertad de producción. Principios que se encuentran también recogidos en el artículo 20, I, que para su correcta interpretación es importante el 28, I.

A mayor abundamiento, el concepto de propiedad de la Ley Fundamental viene limitado por la función social, concepto característico de la economía social de mercado.

En efecto, la vinculación social de la propiedad (artículo 15) entendida en su relación con la declaración de Estado social (artículo 20, I y 28, I), radica en la negación del concepto manchesteriano de propiedad, y con ello del capitalismo clásico. Su dogma según el cual el propio provecho de cada individuo conduce automáticamente a la realización del bien común, cuando se le permite actuar con amplia libertad (*laissez faire, laissez passer*) hace tiempo que se ha ido abandonando. El concepto de función social de la propiedad es el que caracteriza a este derecho en el Estado intervencionista. Por ello podríamos concluir que la defensa y garantía de la propiedad en la Ley Fundamental de Bonn, con los caracteres del Estado Social de Derecho, está defendida al más alto nivel, al ser un derecho fundamental.



Ello viene confirmado, en las resoluciones del Tribunal Supremo Federal y el Tribunal Constitucional Federal, al resolver con un criterio amplio los intereses que se garantizan con este derecho (209).

Por tanto, al derecho de propiedad definido en la Ley Básica, al ser un derecho fundamental le son de aplicación tanto las garantías como los límites de cualquier derecho fundamental.

En resumen, la Ley Fundamental Alemana es una Constitución característica del Estado intervencionista, basado en la economía social de mercado (210), y como característica de esta forma de estado para superar los peligros y remediar los problemas no dudan en subestimar a la seguridad jurídica, y para ello positivizan teorías que a costa de desvirtuar los fines de los derechos fundamentales, aumentan el poder de la Administración y por tanto el control que ésta ejerce sobre los ciudadanos, un claro ejemplo lo tenemos en el artículo 18, que vamos a comentar a continuación.

#### 10.3.2 El artículo 18 de la Ley Fundamental y la doctrina general del abuso de derecho

Hemos dicho que se limita (211) un derecho fundamental cuando se produce un conflicto entre un interés individual y un interés público, es decir, se limita porque se equipara un interés público a los intereses particulares. La norma limitadora protege algunos intereses públicos, que tienen igual rango que los intereses particulares protegidos por el derecho fundamental. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana, concuerda con esta interpretación de la naturaleza de los límites en la Ley Fundamental de Bonn (212). Por tanto ningún derecho es ilimitado, todos tienen límites. Sin embargo el problema reside en ver cómo se concretan estos límites de forma que no supongan una desvirtuación de la esencia del derecho fundamental, sino por el contrario, que contribuyan a su realización generalizada.

Para ello es necesaria la proporcionalidad entre el medio y el fin, y un sistema de garantías que aseguren que tanto el límite como su aplicación, no contradicen la esencia de estos derechos.

Según la Ley Fundamental los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales se establecen, generalmente, mediante la reserva de ley que se añade a cada derecho (213). Sin embargo solamente se limitan mediante la reserva de ley, los derechos de libertad y no los de igualdad, éstos últimos no obstante, también deben ser concretizados por la ley. Pero la vinculación jurídica de los particulares no limita los principios de la igualdad, sino que constituye, según E. Stein, el objeto de su regulación.

Sin embargo, tampoco todo derecho de libertad está limitado por la reserva de ley; así por ejemplo, los artículos 4,5.III y 9,I no lo están y han surgido múltiples intentos de trazar sus límites, unos tratando de aplicar analógicamente los límites del 2,I; en otros casos intentando la construcción de "unos límites inmanentes de los derechos fundamentales". E. Stein mantiene que dado el carácter de estos derechos no son necesarios ambos intentos (214). Pero según el texto del artículo 2,I, este derecho fundamental sólo está limitado por los derechos de los demás, por el orden constitucional y por la ley moral. Al interpretar tales conceptos hay que tener en cuenta que este derecho fundamental protege cualquier forma en que se desarrolle la propia personalidad, lo que significa que debe respetarlo toda ley que afecte a los particulares. Ello produce como consecuencia la inconstitucionalidad de todas las leyes que no queden cubiertas por los límites establecidos en la norma reguladora de este derecho fundamental (215).

Para la limitación de cualquier derecho fundamental es necesario que se respeten las condiciones que marca el artículo 19 de la ley fundamental que dice así:

- 1- "Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental, un derecho fundamental puede ser restringido por ley o en virtud de una ley, és-



ta deberá tener carácter general y no ser limitada al caso individual. Además deberá citar el derecho fundamental, indicando el artículo correspondiente.

-2- En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia".

Una ley que limita un derecho fundamental, sin cumplir con estos requisitos, es nula.

Mediante este artículo 19, se imponen unas garantías para que la limitación no atente contra la esencia de estos derechos.

Toda limitación tiene que ser por ley, ya que una cuestión tan importante no se puede dejar en manos de otro órgano que no sea el representante de la voluntad general. Aún así hay que examinar en primer lugar qué derechos fundamentales pueden ser limitados, ya que no toda concesión no produce una limitación. En segundo lugar la ley que los limite tiene que ser de carácter general, y, también según el artículo 19,I, hay que mencionar el derecho afectado mediante la cita del artículo en que está contenido. Esta obligación, sin embargo, según la doctrina del Tribunal Constitucional, no afecta a los derechos que existían antes de promulgarse la Ley Fundamental, tampoco le es aplicable al 2,I, 12,I y 14 (216).

En tercer lugar, según el mismo artículo 19,2, hay que respetar el contenido "esencial" del derecho fundamental, y es en la determinación de cuál es este contenido esencial, donde existe un gran debate y polémica.

Según el profesor E. Stein, las teorías desarrolladas sobre él mismo pueden clasificarse en dos grupos: El primero de ellos mantiene que el contenido esencial intangible de un derecho fundamental sólo puede conocerse sopeando en cada caso concreto los valores o intereses que en él concurren.

Por tanto se trata de un concepto relativo que, según las exigencias del momento, hay que ampliar o restringir (217). Por el contrario, el segun-

do grupo de teorías que representa hoy la doctrina dominante aceptada por el Tribunal Constitucional Federal, mantiene que el contenido esencial de un derecho fundamental, es un concepto absoluto, es decir, delimitable con independencia de la colisión de intereses que se presenta en un caso concreto. Mientras que según la doctrina relativa, la limitación de un derecho fundamental depende sólo de los intereses contrapuestos, pudiéndose llegar en teoría, a la derogación total o parcial de ese derecho fundamental si ello fuese "necesario" en consideración a los intereses estatales; en cambio la doctrina absoluta, al independiar el contenido esencial de cada situación concreta, supone una garantía para este contenido, incluso en el caso de que se produzca una grave colisión con los intereses estatales (218).

La misma finalidad que el criterio absoluto tienen las reservas de ley que se añaden a cada derecho fundamental, criterio que comparte la mayor parte de la doctrina.

Pero las dificultades no terminan aquí. La determinación del criterio esencial no está claro, si hay que obtenerla del artículo que lo recoge, o del derecho subjetivo fundamental. El profesor E. Stein, se inclina por el segundo, mediante el siguiente argumento: "Además - dice - el criterio mencionado en primer lugar, contradice el significado de los derechos fundamentales. Estos sirven precisamente para proteger a los particulares, de un exceso de poder de la comunidad. Esta primacía de los particulares - continúa diciendo - no puede dejar de tenerse en cuenta en el momento de determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales. Por tanto, hay que concebir los derechos fundamentales, como una especie de derechos subjetivos, y plantearse qué valor tiene para un particular afectado, este derecho fundamental después de su limitación".

Más adelante, E. Stein, trata de concretar su criterio. "Nosotros - dice - queremos intentar trazar con mayor precisión los límites del contenido esencial. Como sabemos, los derechos de la libertad protegen determinados intereses particulares. Se trata de hacer posible que

los particulares puedan conseguir los intereses, protegidos por el Derecho Constitucional. Cualquier limitación de un derecho fundamental en favor de los intereses estatales dificulta el logro de aquellos intereses particulares. Pero si la limitación va tan lejos, que los particulares no pueden de ninguna manera lograr sus intereses protegidos por el derecho fundamental, porque se cierran todos los caminos que conducen a su realización, tal limitación afecta a su contenido esencial y es por tanto inconstitucional" (219).

La teoría que desarrolla E. Stein, y que coincide con la que mantiene el Tribunal Constitucional de la República Federal a pesar de los intentos por parte de este autor, es excesivamente indeterminada, ésta no precisa cuál es el fin que se persigue por el derecho fundamental. En este sentido, el profesor Pablo Lucas Verdú ha contribuido a aclarar cuál es la esencia de estos derechos, precisando antes, cuáles son sus funciones. Así nos dice: "que las funciones de los derechos fundamentales son: 1 - Limitar el poder-político. 2 - Posibilitar la participación social a todos los niveles. 3 - Asegurar la libertad. 4 - Justificar el Estado. 5 - Satisfacer un requerimiento universal éticamente fundado (220). Por tanto, la esencia de los derechos fundamentales consiste en la realización de estas funciones, atenta contra la esencia de estos Derechos

La esencia es la misma para todos los derechos fundamentales, todos van encaminados a la realización de estos fines o funciones. Como dice el profesor Pablo Lucas Verdú, "los derechos fundamentales coinciden todos en su esencia, el acento y el alcance político de cada uno de ellos tiene matices propios que se intensifican según la coyuntura político-social" (221), es decir, cada uno contribuye a la realización, poniendo el acento en un aspecto concreto. Estas son las garantías que positiviza el artículo 19 de la Ley Fundamental, garantías que son necesarias pero insuficientes. El respeto al contenido "esencial" al ser un concepto general y hasta cierto punto indeterminado, no es lo suficientemente eficaz para impedir la desvirtuación

de las funciones que caracterizan a los derechos fundamentales, máxime en el artículo 18 donde la esencia constituye prácticamente la única garantía. Por ello, la característica fundamental de la formulación de los límites en la Ley Fundamental de Bonn y sus garantías, son la falta de concreción no pudiéndose, en algunos casos separar el ámbito libre del no libre, hasta dónde se podrá ejercer una libertad y hasta dónde no. La libertad y la falta de libertad en un sistema que se caracteriza, por la generalidad en la formulación de sus derechos y la indeterminación de sus límites, van unidos; y esta unidad constituye otra característica del Estado Social de Derecho.

A mayor abundamiento, esta unidad entre la libertad y la falta de libertad, entre lo legal y lo ilegal, si como hemos dicho es una característica que se perfila en la formulación de los límites de la Ley Fundamental, se hace evidente y manifiesta en el artículo 18 en el cual se positiviza por primera vez un límite especial en el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales inspirado en la teoría general del abuso de derecho, y en el cual lo insuficiente de sus garantías y el carácter indeterminado de los mismos, dificulta la concreción de cuando un ejercicio se considera que atenta contra el régimen fundamental de libertad y democracia, y cuando no. Es decir, abuso de los derechos fundamentales según el artículo 18 (222), es el ejercicio de estos derechos con la finalidad de combatir el régimen fundamental de libertad y democracia. Por tanto, todo aquel que jerza un derecho fundamental puede abusar de él, ya sea un individuo, un grupo, un órgano o institución, un poder o el mismo Estado. "Hemos contemplado recientemente cómo el estado autoritario, aún proclamando una tabla de derechos y libertades, inspirados en concepciones transformalistas los han dejado en letra muerta, y aún más, únicamente han reducido su número y alcance; han postergado indefinidamente su concepción positiva o la han suspendido sin razón suficiente, valiéndose satánicamente de su enunciación para prohibir su uso a sectores enteros de población. Nunca se había llegado - ni por el totalitarismo más cruel - a proclamar algunos derechos y libertades para rápidamente incumplirlos, y/o prohibir



los. En este sentido, el autoritarismo fascistoide llegó al extremo de prohibir todo, menos lo que está mandado! (223). Los grupos de oposición de extrema izquierda o derecha, pueden instrumentalizar el Derecho y las libertades fundamentales, para realizar la subversión. También pueden abusar los empresarios, para utilizar sus derechos para explotar a la clase trabajadora, etc.

Es decir, los sujetos que pueden abusar son todos aquellos que siendo titulares de un derecho fundamental lo ejercitan con el fin de combatir las instituciones democráticas.

Conviene precisar que no puede ser abusivo, todo ejercicio que vaya en contra del orden democrático establecido, en este caso, el Estado Social de Derecho, sino solamente son abusivos los ejercicios que atentan contra el orden democrático en general, contra el Estado de Derecho, con el fin de sustituirlo por un forma autoritaria, ya que el Estado de Derecho es la forma de Estado que garantiza la libertad y la democracia, y el que atenta contra el Estado de Derecho, atenta contra la fórmula que garantiza la declaración y protección de los derechos fundamentales, por tanto la justificación formal del límite especial de abuso en el ejercicio de los derechos fundamentales, es evidente, ya que formalmente mediante esta limitación se trata de impedir que con el ejercicio de los derechos fundamentales se destruyan estos Derechos. Sin embargo, en la Ley Fundamental de Bonn dice el citado artículo, que se aplicará a quienes mediante su uso combatan el régimen fundamental de Libertad y Democracia. Vemos entonces que el criterio que define el abuso de los derechos fundamentales en la Ley Básica, ya es liberal y neocapitalista. No dicen que combatan mediante su uso al Estado de Derecho, o que ejerciten los derechos con un fin contrario a su esencia; sino para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, es decir, solamente es abusivo el ejercicio de un derecho fundamental con el fin de combatir al Estado definido con los caracteres del Estado Social de Derecho.

Todo límite tiene la función de impedir que se "abuse" en el ejercicio de los derechos fundamentales. El límite que prohíbe más directamente que el

ejercicio de estos derechos vaya dirigido a subvertir el orden democrático, es el del orden público y también las facultades excepcionales de suspensión.

El orden público administrativo, a que alude Sánchez de la Torre, trata de una serie de medidas limitativas de la libertad que impiden el abuso de los derechos fundamentales que impliquen una clara amenaza para la seguridad política, jurídica y social (224), "el orden público es un límite al ejercicio de los derechos subjetivos fundamentales. Consiste en la limitación de un derecho por razones de tranquilidad, seguridad o salubridad públicas" (225).

Los ejemplos de la aplicación del límite del orden público en el ejercicio de los derechos fundamentales con la finalidad de impedir la destrucción de las instituciones democráticas existentes, son muy numerosos. La "caza de brujas" desatada por las actuaciones del famoso Comité de Actividades Antinorteamericanas que inspiró el senador MacCarthy. La ley MacCarran de 1950, supuso un estrecho control de las actividades de las asociaciones de inspiración comunista (226). Las medidas excepcionales de lucha contra el I.R.A. en Inglaterra así como la ley antiterrorista en nuestro país, suponen ejemplos de la aplicación del límite del Orden Público con la finalidad, en algunos casos formales, de combatir un peligro evidente para las instituciones democráticas.

Alemania, además ha realizado modificaciones constitucionales, expedidas en el curso de 1968, en relación con la proclamación eventual del "estado en tensión" y del "estado de defensa" con el objeto de admitir formas más rápidas de legislación y de intervenciones directas del Gobierno federal en sectores normalmente de competencia de los Länders, con importantes restricciones para los derechos y libertades de los ciudadanos (227).

Estas reformas de 1968 se positivizaron en una serie de restricciones permanentes a la libertad, como las del artículo 10, II, referente al control de las comunicaciones telefónicas y postales, y también las obligaciones que acarrea el artículo 12, a.I y 12, a.V.



Por un lado vemos que, el límite del Orden Público o las medidas excepcionales son más que suficientes para prevenir y sancionar aquellas actuaciones "abusivas" que van dirigidas contra las instituciones democráticas. Pero por otro, también se demuestra el peligro que supone un límite de esta naturaleza para el respeto de los derechos fundamentales, por ello los requisitos y garantías necesarias en la aplicación de un límite de esta clase, para que no se destruya con ello la esencia de los derechos fundamentales, tienen que ser amplios y cuidadosamente precisados y concretados (228).

Sin embargo, los autores de la Ley Fundamental de Bonn, creyeron que eran insuficientes estos límites ordinarios para combatir a los peligros que acechan a las instituciones democráticas, reconociendo otro límite especial para combatir el abuso de los derechos fundamentales, cuando tienen la finalidad de destruir el sistema democrático.

Por tanto, el artículo 18, se fundamenta, para los autores de la ley fundamental, en la opinión de que para la defensa de la "libertad y la democracia" no son suficientes los límites ordinarios y es necesario el reconocer un límite especial que prohíba el uso abusivo de algunos de estos derechos.

En efecto, el citado artículo 18, como límite especial al ejercicio de los derechos fundamentales, no se aplica a todos ellos sino solamente a aquellos que contempla explícitamente el mencionado artículo.

Por tanto tenemos que entender que la necesidad de positivizar un límite especial para prohibir el abuso, no es general para todos los derechos fundamentales, solamente es necesaria su aplicación a alguno de estos derechos, deduciéndose que en los demás casos son suficientes para prevenir estos usos "abusivos" con los límites ordinarios.

La pregunta que nos hacemos ahora es ¿cuál ha sido el criterio empleado por los autores de la Ley Fundamental, para diferenciar los derechos, a los que es necesario aplicarles un límite especial para impedir su uso abusivo, de aquellos que no lo son?

El primer derecho del cual se puede abusar según dicho artículo es el de libertad de opinión pública, y concretamente, el de libertad de prensa, que recoge el artículo 5,1 de la Ley Básica (229).

La prensa es el principal medio de comunicación de masas y tiene una función de control del ejercicio del poder estatal. Su finalidad consiste en denunciar los abusos movilizándolo a sus lectores contra esas actuaciones.

Como medio de comunicación, configura a la opinión pública y la opinión individual depende de la opinión pública (230).

Lo característico de los límites a este derecho fundamental es que actúan posteriormente como un conjunto de medios contra las opiniones ya publicadas. La Administración no puede intervenir por la mera sospecha de que se prepara una publicación punible, si ésta aún no es pública, ni tampoco puede impedir la impresión de un periódico, sino que tiene que limitarse a prevenir los hechos punibles que se manifiestan en trabajos ya publicados.

Puede extrañar que, en dicho artículo, no se incluyan expresamente el abuso de la libertad de opinión por medio de la radio o televisión.

Las razones pueden estar en que el control tanto de la radio como de la televisión por el Estado, debido a sus complicados mecanismos técnicos, pueda realizarse de muchas otras formas más eficaces y directas. Ello puede ser el motivo de que el artículo 18, no lo mencione explícitamente, aunque si lo hace implícitamente, al concluir cualquier medio para difundir la opinión en su primer párrafo, cuando dice: "pierde los derechos fundamentales de la libertad de opinión, particularmente..."

Por lo que respecta a la libertad de enseñanza (artículo 5, III, 2), la Ley Fundamental le presta poca atención (231). El párrafo primero señala el derecho que el Estado tiene en influir en las escuelas, al declarar que la enseñanza se halle bajo su "vigilancia".

Por el contrario, la libertad en materia de enseñanza, no está garantizada de forma expresa en ninguna parte de la Ley Fundamental. Sin embargo pue

de deducirse indirectamente de los derechos fundamentales generales, sobre todo del derecho de los hombres libres al libre desarrollo de la personalidad (artículo 2, I).

Es innecesario decir la importancia que tienen , la enseñanza y la educación, en la configuración de la opinión pública, como medio de integración social.

Ni el arte, ni la ciencia, ni la investigación tienen la importancia de la educación en la opinión pública, por esta razón, incluyéndose estas en el mismo apartado del artículo 5 que la libertad de enseñanza, no las menciona expresamente en el artículo 18.

Por lo que respecta a la libertad de reunión, la importancia de este derecho en la formación de la opinión y la voluntad, es evidente.

Mientras el artículo 8 limita sólo las reuniones abiertas y no las cerradas, el artículo 18 es susceptible de aplicación tanto a unas como a otras.

El derecho de asociación por su parte también contribuye a la formación de la opinión pública al constituir los canales de influencia entre los individuos y el Estado. Sin embargo, la prohibición de ser usado este derecho abusivamente, ya queda incluida en el redactado del propio artículo, que de una forma extrínseca, bajo la expresión "Orden Constitucional" que no hay que entenderlo en el sentido del artículo 2, "el ordenamiento jurídico constitucional", sino en el sentido del orden democrático de libertad a que se refieren los artículos 18 y 21 párrafo 2. Pero los límites no tratan infracciones aisladas, sino del objeto social propio de la asociación.

Otro de los derechos al que es posible aplicarle el límite que positiviza el artículo 18, es el del artículo 10, sobre el secreto de las telecomunicaciones y comunicaciones postales.

También éste es un derecho que entra dentro del campo de la información y por tanto es susceptible de influir en la opinión pública; las campa-

ñas electorales de los partidos políticos utilizan cada día en mayor medida, estos medios, y al mismo tiempo también mediante su inclusión en el artículo 18, se convierte en un instrumento eficaz, para detectar y comprobar el interés que mueve a las personas o grupos, que se sospeche realicen un uso abusivo de los demás derechos, en realidad es más que nada una medida policial.

Hay que hacer notar que el mismo artículo 10, contempla el caso de que las restricciones que se hagan en virtud de una ley con el fin de proteger al régimen fundamental de libertad y democracia..., sin embargo regula supuestos diferentes a los del artículo 18, éste es una limitación intrínseca, mientras el límite que contempla el artículo 10, es extrínseco.

Puede en un principio sorprender, el que los legisladores incluyan al derecho de propiedad, artículo 14, como uno de los derechos que pueden ser limitados por el artículo 18, pero teniendo en cuenta el criterio empleado por los autores de la Ley Básica, es lógico que sea así.

Antes hemos definido los caracteres del derecho de propiedad en la Ley Fundamental como las características de este derecho en un Estado social, los límites son imprecisos y basados en el concepto de "función social"; límites imprecisos que posibilitan la intervención del Estado en la economía.

Antes hemos dicho que uno de los factores esenciales de todo sistema democrático es la opinión pública, pero el otro factor esencial es el poder económico. Cualquier forma de atentar contra la libertad y la democracia, que pueda ponerla en peligro, tiene que venir apoyada por intereses económicos; para incidir en la opinión pública es necesario e imprescindible, dinero. En resumidas cuentas, para ganar elecciones o dar un golpe de estado un elemento esencial es el poder económico, al fin y al cabo para que el abuso de cualquiera de los otros Derechos pueda poner en peligro la democracia, tiene que ir acompañado de apoyos económicos; al menos en la sociedad occidental de nuestros días.

Así pues, el control del poder económico en las democracias occidentales, no es sólo un elemento decisivo para el desarrollo de la producción, si no una necesidad, para que no pueda usarse, con el fin de combatir la libertad y la democracia.

Por último el artículo 18, menciona el derecho de asilo, artículo 16, II, 2. Posiblemente en este caso sí es superfluo el mencionarlo, ya que el propio artículo 16, expresa claramente qué es la propia República Federal quien debe conceder el asilo con criterios muy amplios en este sentido. Tenemos que entender entonces que el hecho de mencionarse en el artículo 18, no es por otro motivo que el de aumentar su control (232).

Lo que tienen de común todos ellos, es que mediante su uso abusivo se puede poner en peligro la forma de Estado, los demás derechos fundamentales, aunque también pueden usarse para combatir el sistema democrático, por ejemplo, el arte o la ciencia (5, III), la libertad de movimiento o residencia (artículo 11), el cierre de empresas; el resultado de su uso abusivo difícilmente puede poner en peligro el sistema.

En otros casos como por ejemplo, los que contempla el artículo 13, la inviolabilidad del domicilio, el propio artículo 13 ya lo limita de una forma amplia y general, siendo innecesario el incluirlo en el artículo 18.

Puede parecer extraño, el que tampoco se incluya en el artículo 18 la prohibición a los partidos políticos, que por sus fines o por la actitud de sus adherentes tiendan a desvirtuar o destruir el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República, sin embargo es imposible el que se incluyera ya que no está considerado en la Ley Básica como un derecho fundamental, no está en el apartado uno, sino en el dos, es por ello que también su abuso está incluido en el mismo artículo que lo reconoce, el 21.2 (233).

El artículo 18, no prohíbe el uso de un derecho fundamental, en base a la intención, la voluntad o la finalidad de combatir el sistema democrático, sino que prohíbe el uso abusivo solamente de aquellos derechos fundamentales,



que un ejercicio abusivo del mismo puede atentar eficazmente, o constituye un peligro real al sistema, el ejercicio abusivo de aquellos derechos que sus resultados no pueden poner el sistema en peligro real, no están regulados en el artículo 18.

En efecto solamente se puede abusar, según el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn, de aquellos derechos que inciden en la opinión pública (234) o que hacen posible la incidencia en dicha opinión. Y es importante el hacer notar como los derechos que el artículo 18 limita son los que utilizó Hitler en mayor medida, para la consecución de sus fines autoritarios: la manipulación eficaz e innovadora de los medios de comunicación de masas, la enseñanza, las reuniones multitudinarias, el derecho de asociación apoyándose en el capital le elevaron al poder (235).

Antes decíamos que los autores de la Ley Básica tenían la experiencia del pasado en la mente al redactarlo, pues bien el artículo 18 parece ser el límite excepcional para asegurar que no puedan repetir las experiencias pasadas, y se basa en la creencia de que los límites ordinarios no son suficientes para asegurarlo.

Si ésta fue la intención inicial de los autores, después se ha convertido este límite en un instrumento al servicio de la política del Gobierno, y de garantías, atenta contra la esencia de los derechos fundamentales.

Solamente la política coherente y honesta del S.P.D. ha impedido que la aplicación de este límite, eliminara cualquier oposición contestataria. La finalidad de los autores de la Ley Fundamental es asegurar, mediante el límite especial del abuso el Estado Social de Derecho. Sin embargo, la arbitrariedad que se concede al Estado-aparato mediante este artículo, supone un riesgo de que su aplicación no se haga solamente cuando exista un peligro real de destrucción del Estado de Derecho, sino que se emplee para reprimir cualquier manifestación de protesta, o cualquier alternativa hacia una democracia avanzada.



Los que tienen poder, lo usan en su beneficio, el artículo 18 concede amplias facultades al Estado con la finalidad de evitar el triunfo del autoritarismo sin embargo, el triunfo del autoritarismo no se impide coartando las libertades, ni mediante un artículo, sino profundizando y consolidando el sistema democrático y realizando los derechos fundamentales. Así pues el artículo 18 no es un instrumento adecuado para impedir el triunfo del autoritarismo sea de derechas o izquierdas, sino todo lo contrario, este artículo hace más autoritario al Estado que lo reconoce al contradecir las funciones de los derechos fundamentales, como la de servir de límite al poder del Estado. Pero los peligros que el reconocimiento de este límite suponía para los derechos fundamentales también estaba en la mente de los autores que lo consagraron y para aumentar el riesgo que supone su aplicación, reconocieron dos garantías: la primera que la prohibición no puede afectar a la esencia de estos derechos, es decir, el Estado tiene un límite en la aplicación de este límite; pero en este caso, el límite es impreciso, y se beneficia de la imprecisión el que tiene la facultad de aplicarlo.

La polémica que antes hemos expuesto sobre lo que se entiende por esencia lo demuestra, y si por esencia se entiende que los derechos fundamentales cumplan con su función, el reconocimiento de este artículo ya está en contradicción con ella. La segunda de las garantías es, que el único autorizado para dictaminar la prohibición es el Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, como ya hemos dicho, es el que vela por la constitucionalidad de las Leyes, pero no es su función la de prohibir el ejercicio de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional es la institución que vela por el respeto al principio de supremacía constitucional.

La interpretación de las normas constitucionales, que realiza el Tribunal Constitucional, es extremadamente difícil a causa de su carácter general-multívoco. A menudo los problemas concretos no pueden contestarse con exactitud científica. El Tribunal Constitucional Federal, el cual tiene, necesariamente carácter político por la naturaleza de su objeto, ha visto que puede

surgir así el peligro, de que el mismo Tribunal se convierta en una instancia políticamente irresponsable que, bajo el manto de razonamientos jurídicos, se inmiscuya en la formación de la voluntad política.

El mismo Tribunal Constitucional Federal ha reconocido este peligro y se ha esforzado cuidadosamente en evitarlo. Aquellas materias que no ha podido resolver con la ayuda del Derecho Constitucional, las ha transferido al legislador. En este sentido ha manifestado repetidamente, que el legislativo posee la libertad de interpretar las normas concebidas en términos muy generales, como por ejemplo, el principio de igualdad, de manera que sólo queda sometido al examen del Tribunal la cuestión de si se han sobrepasado manifiestamente sus límites (236).

Para evitar también este peligro, se establece un complicado procedimiento electoral, pretendiéndose asegurar la neutralidad de los elegidos, tanto en la relación de la Federación con los Länders como en la relación del Gobierno con la oposición, según el artículo 94, I, 2, los jueces del Tribunal Constitucional Federal son elegidos por mitad, por el Bundestag y por el Bundesrat.

Los detalles de la elección están regulados en los artículos 3-y-Ss. de la Ley Reguladora del Tribunal Constitucional Federal. El Tribunal Constitucional es el guardián de la Constitución, es una institución básica del Estado de Derecho que sanciona aquellas actuaciones de los tres poderes que se apartan de los postulados constitucionales (237). Pero evidentemente los tribunales constitucionales no pueden reformar la Constitución, ni tampoco aplicar las medidas excepcionales que restrinjan el ejercicio de los derechos fundamentales, como el estado de necesidad, de sitio, etc. ni siquiera como hemos visto, según el mismo Tribunal Constitucional alemán pueden interpretar aquellas normas constitucionales muy generales, ya que ello supondría dotar de un poder a los magistrados del Tribunal Constitucional, otorgarles unas funciones, que se escapan a la naturaleza de esta institución.

El Tribunal Constitucional examina si se adecuan las actuaciones de los tres poderes a la norma fundamental, pero el Tribunal Constitucional, no puede, si queremos que no se caiga en el peligro que antes señalábamos, prohibir en función de intereses políticos al ejercicio de los derechos fundamentales, como señala el artículo 18.

El único que puede prohibir en circunstancias excepcionales su ejercicio, es el Parlamento. Por tanto la garantía de que sea el Tribunal Constitucional la institución encargada de aplicar el límite especial que establece el artículo 18, no es suficiente, ya que se dota de un poder, a esta institución, contrario a su naturaleza.

Vemos por tanto como por un lado el artículo 18 no cumple con las finalidades que formalmente lo legitiman, que sin embargo los resultados de su aplicación, contradicen la esencia y por tanto las funciones de los derechos fundamentales; al ser insuficientes e inadecuadas las garantías que expresa el citado artículo.

Y para finalizar, vemos como para combatir a los enemigos de la libertad ya se dispone de medidas excepcionales, y que como tales medidas solamente puede aplicar la institución que represente a la voluntad general del Parlamento.

Hay que hacer notar, también, que el artículo 18, supone una contradicción con la finalidad esencial de los derechos fundamentales, el abuso tal como está formulado en la Ley Fundamental de Bonn, atenta contra el artículo 2 de la misma Ley, ya que toda medida que pretenda imponer los intereses públicos con absoluta postergación de la libertad de los afectados, atenta contra este derecho fundamental.

El resultado que produce el reconocimiento de esta teoría, por tanto, es el aumento del poder del estado-aparato, el artículo 18 es un instrumento que posibilita el control por el Estado del ejercicio de los derechos fundamentales, contradiciendo, uno de los fines o funciones y por tanto la esencia

de éstos, solamente la formulación de un artículo con estas características, desvirtúa la esencia de estos derechos, y por tanto es incompatible con ellos.

El artículo 18 es característico, al igual que la teoría general del abuso de derecho, en este sentido del Estado social de Derecho, fórmula de Estado que como hemos dicho anteriormente, cada día en mayor medida, aumenta su poder traspasando así, los límites que le impone la declaración de derechos y/o libertades fundamentales.

En efecto los derechos fundamentales en un Estado social de Derecho de constituir un límite al poder del Estado, se convierten en concesiones que éste realiza a los ciudadanos.

Como dice el profesor Peces-Barba (238), "la sociedad democrática tiene que utilizar otros medios que los puramente restrictivos, los límites ordinarios ya señalados son suficientes para proteger el bien común, el orden público, el derecho ajeno y la moral social. Para la defensa de la libertad es necesario crear las condiciones sociales, económicas y culturales que la hagan posible. Es una contradicción defender el régimen de libertades restringiéndola de esta manera tan incontrolada y genérica".

De lo dicho hasta ahora, se desprende, que el artículo 18, es la traslación de la teoría general del abuso de derecho al ejercicio de los derechos fundamentales.

Es un límite intrínseco especial basado en una norma de carácter general, y que como tal límite los resultados de su aplicación, sólo producen como único efecto el aumento del poder del Estado. No existe ninguna garantía que asegure su aplicación de acuerdo con su finalidad formal, su reconocimiento contradice la esencia de los derechos fundamentales, y no existe proporcionalidad entre el medio y el fin (239).

Las funciones que formalmente lo justifican, pueden realizarse con una aplicación correcta de los límites ordinarios y de las facultades excepcionales de suspensión.

Por otro lado se ha ratificado con su estudio las afirmaciones que hac  
íamos anteriormente. El límite especial del abuso de derecho, es característi  
co del Estado social de Derecho, basado en una economía neocapitalista, con  
el se pretende aumentar el poder del Estado-aparato, mediante la intervención  
y el control en el ejercicio de los derechos fundamentales en la línea que ca  
racteriza al Estado social de intervenir cada día en mayor medida en el ámbito  
reservado al individuo.

El artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn, no es un instrumento para  
prohibir la libertad a los enemigos de la libertad, sino que puede utiliz  
arse para prohibir la libertad a los enemigos (240) del Estado social de De  
recho.



#### 10.4 El abuso de derecho en la Constitución Española de 1978

Aunque a lo largo de esta tesis nos hemos referido en diversas ocasiones al Ordenamiento constitucional vigente, parece necesario analizarlo más directamente. Realizaremos una interpretación extensiva de nuestro texto constitucional y concretamente del artículo 55.2.

Pero antes es conveniente matizar que por el "trasplante" entendemos en esta investigación la aplicación de una figura característica de una rama del Ordenamiento a otra rama del mismo Ordenamiento y no la traslación de una figura positivizada en el Ordenamiento de un país, al Ordenamiento de otro.

Sin embargo, no pretendo hacer un examen exhaustivo de los límites que al ejercicio de los derechos fundamentales positiviza nuestra Constitución; solamente pretendemos, como he dicho, analizar si entre éstos se incluye o existe la posibilidad jurídica de incluir, un límite especial semejante al abuso de derecho.

En ciertos casos la norma fundamental establece limitaciones específicas (artículos 16, 21, 20), la simple lectura de éstas, nos demuestra que ni implícitamente ni explícitamente se reconoce el límite intrínseco del abuso de derecho. Sin embargo la Constitución remite en la mayor parte de los casos, a la ley que desarrolle el derecho fundamental, para que en ella se concreten los límites. Por tanto habrá que analizar si los principios generales, y las garantías tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, que según el texto fundamental tiene que informar toda posible limitación, hacen posible la aplicación de un límite de esta naturaleza.

Fundamentalmente estas garantías son:

- I) El desarrollo y por tanto la limitación de los derechos fundamentales y libertades públicas, tiene que realizarse por ley Orgánica (artículo 81.1) (241).



- II) Según el artículo 53, todo límite tiene que respetar el contenido esencial del derecho fundamental afectado. Como dejamos constancia en los apartados anteriores, hay que entender por "esencia" de estos derechos, que puedan cumplir con sus funciones y fines.
- III) Otro principio general está positivizado en el artículo 10. Según este artículo la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y el respeto de los demás, constituyen el fundamento de toda limitación (242).

A mayor abundamiento y aunque no existe una definición general del fin de la limitación, semejante a la del artículo 29 párrafo 2 de la Declaración Universal de Derechos, se incorpora indirectamente el artículo de dicha Declaración, así como los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España al servir de fundamento, según los artículos 10 y 96, para la interpretación.

Según este y otros artículos de la Declaración y demás tratados internacionales, los límites no son instrumentos al servicio del Estado para restringir el ejercicio y la realización de los derechos declarados, sino medios necesarios para posibilitar una realización plena, global y general de los mismos.

Y como también dijimos antes, tanto la Declaración Universal de Derechos, como la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales, no sólo no reconocen el límite especial del abuso, sino que prohíben su aplicación. Según el artículo 17 de la Convención no se pueden aplicar más límites que los taxativamente enunciados por ella, y ésta no contempla el límite especial del abuso.

Por tanto, toda ley que limite un derecho fundamental contradiciendo uno de estos principios generales será inconstitucional (artículo 161). En este sentido incurre en inconstitucionalidad flagrante al violar la reserva

general de ley orgánica, el Real Decreto Ley 3/79 del 26 de enero, que contra dice el sentido que para esta clase de norma marca el artículo 86 (243).

Este sería también el caso de la ley que reconoce el límite especial del abuso en cualquiera de sus formulaciones, ya que este límite atenta contra la esencia de estos derechos, al impedir la realización de sus funciones, principalmente la de servir de freno al poder del Estado. También contradice, este límite, la finalidad y naturaleza que según la Constitución fundamenta toda limitación, ya que el límite especial del abuso no va dirigido al desarrollo integral de la persona humana, por el contrario, posibilita la prohibición por un órgano no representante directo de la soberanía popular de los Derechos y/o libertades fundamentales. A mayor abundamiento, un límite general de esta naturaleza, dado su alcance e importancia, tiene que reconocerse explícitamente en el propio Texto constitucional y no mediante la Ley que desarrolle el de recho afectado.

En resumen, nuestra Constitución no sólo no contempla el límite intrínseco o especial del abuso, sino que impide que las leyes que desarrollen a estos derechos lo reconozcan.

Tampoco supone un reconocimiento de este límite las facultades de suspensión que se positivizan en prácticamente todas las constituciones.

El texto fundamental, distingue escalonadamente los estados de alarma, excepción y de sitio (artículo 116), sin embargo sólo los dos últimos pueden producir la suspensión de los derechos del artículo 55.1.

Otro tema sería comparar cuáles tienen que ser las garantías necesarias que han de reunir estas medidas excepcionales, para no producir lesiones a la esencia de estos derechos, con las contempladas en nuestra Constitución.

A las facultades de suspensión se les puede criticar sus faltas de garantías o su deficiente formulación, pero en ningún caso cabe confundirlas con el límite especial del abuso.

Estas medidas excepcionales en nuestra Constitución reflejan la situación política provocada por el terrorismo interior y exterior en la que se dictó esta Norma fundamental, resultando su positivación muy amplia (244). A pesar de ello se exige la garantía principal que caracteriza a estas medidas, que sea el Parlamento el que autorice la declaración de los estados que implican la suspensión de algunos de estos derechos. Una de las garantías que diferencian a la suspensión de la prohibición que supone la aplicación del límite especial del abuso.

Sin embargo, es de lamentar que la Constitución se remita a la ley orgánica para concretar el alcance y las garantías de estas facultades excepcionales (245).

Puede llegar a pensarse que una figura semejante a la que aparece en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn (246), se contiene en el párrafo 2 del artículo 55 de la Constitución de 1978. Entre éstos existen semejanzas, pero también existen grandes diferencias. Como muy acertadamente advierte el profesor Pablo Lucas Verdú (247), al empezar el comentario de este apartado diciendo "mutatis mutandi", en este párrafo se plantea en términos generales la cuestión del abuso de los derechos fundamentales, pero la fórmula que lo positiviza, difiere esencialmente tanto de la teoría general del abuso de derecho, como del artículo 18 de la Ley Fundamental alemana.

En el apartado segundo del artículo 55, se reconoce junto a la forma de suspensión general admitida en Derecho comparado, medidas singulares de restricción de ciertas libertades ad hoc, con la finalidad de reforzar la eficacia de los estados de sitio y excepción para combatir el terrorismo. La Constitución sin embargo soslaya garantías importantes, necesarias para impedir el uso abusivo de estas facultades. A parte de remitir a una ley orgánica para que lo desarrolle, no consta expresamente quién puede tomar una decisión de tal gravedad, y tampoco define lo que la Constitución entiende por "bandas armadas" o "elementos terroristas" (248). Pero a pesar de estas defi-

ciencias, las diferencias entre esta facultad especial y el límite del abuso son notorias (249).

El artículo 55.2 es una medida singular que se reconoce junto a los estados de excepción y sitio y por tanto obedece a las características que de fine a éstos; las tres medidas forman un conjunto. Nuestra Norma fundamental dados los momentos de crisis provocados por el fenómeno terrorista, vio necesario reforzar las medidas excepcionales, admitidas en Derecho Comparado para combatirlo más eficazmente (250).

Por el contrario el artículo 18 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, es un límite especial de carácter general, no tiene que desarrollarse por una ley; no es una medida de suspensión, sino un límite especial que se añade a los generales, y al que no le son de aplicación las garantías que definen a éstos. En efecto, la naturaleza y finalidad de estas dos figuras es diferente.

Otra diferencia reside en el órgano. El encargado de dictaminar cuando el ejercicio de un derecho, según el artículo 18 de la Ley Fundamental alemana, es abusivo, es el Tribunal Constitucional; mientras que la autorización para aplicar el artículo 55.2 de nuestra Constitución sólo puede realizarse por el Parlamento. Este control parlamentario es una de las garantías que diferencia a los medios de suspensión de la prohibición que marca el citado artículo 18.

A mayor abundamiento y de acuerdo con la diferente naturaleza de estas figuras, mientras la aplicación del artículo 18 citado, produce la prohibición de ejercer los derechos afectados, la del artículo 55.2 sólo las suspende.

La suspensión se fundamenta en un momento excepcional, y por lo tanto, su carácter es temporal; la suspensión estará vigente en el tiempo que duren las circunstancias excepcionales que la justifiquen; toda medida de suspensión es por definición temporal.

Por el contrario al no fundamentarse el artículo 18 en circunstancias excepcionales, sino en el ánimo subjetivo del agente, la sanción correspondiente es la prohibición.

En resumen, el artículo 55.2 es una medida de suspensión más, a la que podemos criticar su ambigüedad, pero no confundirla con el límite especial del abuso, consagrado en el artículo 18 de la Ley Fundamental de Bonn. El texto constitucional es lo suficientemente claro en esta materia para que no pueda haber confusión.

Por otro lado los intentos que existieron por parte de algunos partidos, en el sentido de que la Constitución reconociera el límite especial del abuso, no prosperaron; la labor del P.S.O.E. impidió que se consagrara un límite de esta naturaleza, cuyo sólo enunciado atenta contra la esencia de los derechos fundamentales y, por tanto, contra el Estado de Derecho.

Por el contrario, con muy buen criterio, nuestra Constitución sólo emplea el término "abuso" para calificar la utilización injustificada o extralimitada de las facultades que a tenor de ella competen al Ejecutivo (artículo 55) (251). El único que puede "abusar" según nuestra Constitución, es el Ejecutivo, revitalizándose, así, la función de los derechos fundamentales de servir de freno al poder del Estado.

NOTAS

SEGUNDA PARTE



- (1) L. Ennecerus: "Tratado de Derecho civil". Parte General. Vol. I, "derecho de obligaciones". Pág. 545. Bosch. Barcelona 1950.
- (2) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso de derecho y el orden jurídico-administrativo". Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, pág. 40.
- (3) H. Welzel: "Introducción a la Filosofía del Derecho". Traducido por F. González Vicen. Aguilar, Madrid, 1977, págs. 38 y Ss.  
  
K. R. Popper: "La sociedad abierta y los enemigos". Ob., cit., págs. 19 y Ss. Tomo I.
- (4) Juan Iglesias: "Derecho Romano". Ariel, Barcelona, 1966, págs. 241 y Ss.  
  
W. Kunkel: "Historia del Derecho Romano". Traducido por Juan Miguel. Ariel, Barcelona, 1970, págs. 51 y Ss.
- (5) E. F. Camus: "Curso de Derecho Romano". Tomo III, Universidad de la Habana, 1941, págs. 81 y Ss.
- (6) E. Petit: "Tratado elemental de Derecho Romano". Araujo, Buenos Aires, 1943, págs. 28 y Ss.
- (7) J. Iglesias: "Derecho Romano". Ob., cit., págs. 241 y Ss.
- (8) Ibit., pág. 244.
- (9) Windscheid: "Diritto delle pandette". Traducción italiana de Fadda y Bensa, Vol. V. Unione tipografico Editrice Toninese, Torino, 1926, págs. 643 y Ss.  
  
M. Markovitch: "La théorie de l'abus des droits en droit comparé". Lyon, 1936, pág. 29.
- (10) J. Iglesias: "Derecho Romano". Ob., cit., págs. 234 y 235.
- (11) M. Rotondi: "L'abuso dei diritto". En Rivista di Diritto Civile, 1923.

- (12) Soam: "Instituciones de Derecho Privado Romano". Madrid, 1928, pág. 13.  
Ennecerus: "Tratado de Derecho Civil", Parte general, Vol. II, T. 1, cit., pág. 545.  
A. Colin y H. Capitant: "Curso elemental de Derecho Civil". Traducido por P. Marín Pérez y J. Gómez Ysobal, Tomo III. Madrid, 1961, pág. 832.
- (13) J. Castán Tobeñas: "Derecho Civil". Tomo II, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 47.
- (14) Pascual Martín Pérez: "Abuso del Derecho". Nueva Enciclopedia Jurídica Seix; pág. 130.
- (15) S. Riccobono: "La teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana". En Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano, 1939. Roma, págs. 24 y Ss
- (16) C. Gómez Torres: "El abuso del derecho en la doctrina del Tribunal Supremo". Tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, septiembre de 1974, pág. 104.
- (17) K. R. Popper: "La sociedad abierta y sus enemigos". Ob., cit., págs. 52 y Ss.  
H. Welzel: "Introducción a la Filosofía del Derecho". Ob., cit., pág. 53.  
C. Gómez Torres: "El abuso del derecho en la doctrina del Tribunal Supremo". Ob., cit., págs. 109 - 110.  
Pascual Martín Pérez: Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix, pág. 130.  
J. Castán Tobeñas: "Derecho Civil". Ob., cit., págs. 37 y 158.
- (18) C. Gómez Torres: "El abuso del derecho en la doctrina del Tribunal Supremo". Ob., cit., pág. 146.
- (19) Ibit., pág. 146.

- (20) M. Weber: "La ética protestante y el Espíritu del Capitalismo". Traducción de L. Legaz Lacambra, Península, Barcelona, 1975.
- R. H. Jawey: "La Igualdad". Traducción de F. Giner de los Ríos. F. C.E. México, 1945.
- (21) Ibit., pág. 117.
- (22) M. Markovitch: "La théorie de l'abus des droits en droit comparé". Ob., cit., pág. 32.
- (23) E. Gómez Arboleya: "Historia de la estructura y del pensamiento social". Ob., cit., pág. 440.
- (24) Recogida en el Recueil Dalloz, 1856, II, pág. 9.
- (25) 19 de feberro de 1913. Recogida en el Recueil Dalloz, 1913, II, pág. 177.
- (26) H. Welzel: "Introducción a la Filosofía del Derecho". Ob., cit., pág. 39.
- (27) M. Markovitch: "La théorie de l'abus des droits en droit comparé". Ob., cit., pág. 29.
- (29) Recogida en el Recueil Dalloz, 1856, 2, 9.
- (29) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho en el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., pág. 17.
- (30) Código civil alemán de 1900, art. 226. "No se permite el ejercicio de un derecho cuando no tiene otro fin que causar daño a otro".
- (31) Código civil suizo de 1907, art. 2. "Todos están obligados a ejercitar sus derechos y a cumplir sus obligaciones conforme a las reglas de la buena fe. El abuso manifiesto del derecho no está protegido por la ley".
- (32) Código civil turco de 1926, art. 2º. "En el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones, todos están sometidos a las

reglas de la buena fe. El abuso de un derecho que perjudique a terceros no está protegido por la ley".

- (33) Código civil chino de 1929. "El ejercicio de un derecho no puede tener como fin principal el perjudicar a otro".
- (34) Código civil ruso, art. 1º. "Los derechos civiles están protegidos por la ley, salvo los casos que sean ejercidos contrariamente a su fin social y económico".
- (35) Código civil brasileño, art. 160.
- (36) De aplicación constante, desde la sentencia del Tribunal de Colmar (Francia) de 1848.
- (37) J. Calvo Sotelo: "La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo". Madrid, 1917, págs. 40 y Ss. Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, págs. 40 y Ss.
- (38) M. Markovitch: "La théorie de l'abus des droits en droit comparé". Ob., cit., pág. 36.
- (39) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., pág. 39.
- (40) Esta doctrina se reducía en nuestro país a los trabajos de J. González Llana y R. Fernández de Velasco, publicados en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, en los años 1909, 1915, y a la tesis de J. Calvo Sotelo, publicada en Madrid, 1917. También el discurso de recepción en la Academia Sevillana de Buenas Letras, 1935.
- (41) V. Campion: "La théorie de l'abus des droits". París 1925, págs. 3 y Ss.
- (42) Existen opiniones contradictorias en el interés por encontrar el origen de esta doctrina, así E. Martínez Useros, buscando argumentos para fundamentar el trasplante de esta doctrina a otras ramas del Ordenamiento,

no duda en afirmar que el recurso fundamentado en la desviación del poder, procede de la doctrina del abuso de derecho. Por el contrario, J. Calvo Sotelo, afirma que la teoría del abuso del derecho procede de la figura de la desviación de poder.

- (43) El "Code civil" promulgado en 1904 por Napoleón, código que condensa las aspiraciones revolucionarias de 1789, no ofrece lugar a dudas, al codificar la propiedad como un derecho susceptible de usarse del modo más absoluto.
- (44) D. Ferrer Martín: "El abuso del derecho en el proceso". Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, nº 1, enero-marzo de 1969, págs. 111 y Ss.
- (45) Un ejemplo lo tenemos en el art. 18 de la Constitución alemana de 1949.
- (46) V. Planiol: "Traité élémentaire de Droit civil". Répondu et complété par G. Ripert. 5ème édition. Paris. R. Pichon et R. Duran. 1950. Pág. 281.  
  
Pascual Marín Pérez: "Abuso del Derecho". Nueva Enciclopedia Jurídica, T. II, págs. 127 y Ss.
- (47) V. Planiol: "Traité Élémentaire de Droit Civil". Tomo II, pág. 292.
- (48) M. V. Planiol: "Traité Élémentaire de Droit Civil". Tomo II, págs. 282 y Ss.
- (49) G. Ripert: "El régimen democrático y el Derecho civil moderno". Traducción de J. M. Cajica. Puebla. Editorial J. M. Cajica, 1951.
- (50) M. Dessertaux: "Abus de droits au conflit de droits". En Révue trimestrelle de droit civil, 1906. París.
- (51) Baudry - Lacantinerie: "Traité théorique et pratique de Droit civil". Vol. XII. "Des obligations", Paris, 1908, Tomo VI, págs. 542 y Ss.  
  
Baudry - Lacantinerie: "Précis de Droit civil", Paris, Larousse, 1920, Tomo II, pág. 372.

- (52) L. Duguit: "Las transformaciones del derecho (público y privado)". Ob., cit., págs. 221 y Ss.
- (53) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. I. Tecnos, Madrid, 1980, págs. 100 y sig.
- L. Duguit: "Traité de droit constitutionnel". Ob., cit., Tomo I, pág. 274.
- (54) P. L. Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. I. Tecnos, Madrid, 1980, págs. 101 y Ss. El autor realiza un excelente estudio sobre el Sociologismo Positivista de Duguit.
- (55) V. Campion: "La théorie de l'abus des droits". Paris, 1925, pág. 294.
- (56) Angel Gustavo Cornejo: "Código civil". Tomo I, Cap. IV, pág. 67. Madrid, 1961.
- (57) M. Josserand: "De la relativité des droits". *Révue internationale de la Théorie du droit*, 1927-1928, págs. 146-147.
- (58) M. Josserand: "L'abus de droit". Traducido por E. Imaz, México, 1949, pág. 73.
- (59) Ibit., pág. 253.
- (60) G. Morin: "L'abus du droit et les relations du reflet des concepts dans le domaine juridique". En *Révue de Metaphysique et de moral*, 1929. Paris.
- (61) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho y en orden jurídico-administrativo", ob., cit., pág. 35.
- (62) J. Charmont: "L'abus du droit". *Révue trimestrelle de droit civil*. Paris, 1902, págs. 144-145.
- (63) E. Orcherot: "De l'abus du droit". Dijon, 1901, pág. 43.
- Beudant: "Cours de droit civil français". 2ème édition. Paris. Rousseau et cie, 1906, pág. 1188.



- (64) H. de Page: "Traité élémentaire du Droit civil belge", Bruxelles, 1934, pág. 121, Tomo I.
- (65) V. Ripert: "El Régimen democrático y el Derecho civil moderno". Ob., cit.
- R. Savatier: "Traité de la responsabilité civil en Droit français". 2ème édition. Libr. Gle. de Droit et de jurisprudence. Paris, 1951, pág. 23.
- (66) M. Josserand: "L'abus de droit". Ob., cit., pág. 57.
- (67) M. Josserand: "L'abus de droit". Ob., cit., pág. 69.
- (68) R. Saleilles: "Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'empire allemand". 2ème édition, F. Pichon, Paris, 1901, pág. 112.
- (69) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho en el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., págs. 42 y Ss.
- (70) J. Bosc: "Eléments constitutifs du droit civil". Paris, 1901, págs. 78 y Ss.
- J. Vanden Bosche: "Des limitations imposées par les relations de voisinage à l'exercice du droit de propriété sur les inmuebles". En Revue Trimestrelle de droit civil, Paris, 1902, pág. 137.
- (71) Colin et Capitant: "Curso elemental de derecho civil". Tomo III. Traducción de Demófilo de Buen. Reus, Madrid, pág. 765.
- (72) J. Calvo Sotelo: "La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo". En Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales, Vol. LXXVI, Madrid, 1917, pág. 760.
- (73) P. L. Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. I. Ob., cit., pág. 100.
- (74) E. Luño Peña: "El derecho social". En Revista de Derecho Público, 1935, págs. 298 y Ss.

- G. Gurvitch: "L'idée du droit social". Ob., cit., pág. 205.
- (75) A. de Mendoza: "Filosofía del abuso del derecho". Trujillo, Perú, 1959.
- (76) A. Menger: "El Derecho civil y los pobres". Traducción de A. Posada. Victoriano Suárez, Madrid, 1898.
- (77) J. Calvo Sotelo: "La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo". Ob., cit., pág. 73.
- E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho en el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., págs. 77, 86, 90 y 76.
- (78) J. L. Barandiarán: "Crítica al texto, El Abuso del derecho en la reforma del Código civil argentino". Revista de Derecho y Ciencias Políticas, año IX, nº 1, primer cuatrimestre de 1945. Pág. 246.
- (79) J. González Pérez: "Derecho procesal constitucional". Civitas, 1979, págs. 67 y sig.
- P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. II. Ob., cit., pág. 558.
- (80) A. de Mendoza: "Filosofía del abuso del derecho". Ob., cit., págs. 25 y ss.
- E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho en el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., págs. 15 y ss.
- (81) Baulloc Beaupre: "Le Code civil 1804 - 1904". Livre du Centenaire. Vol. I y II. Discours publié par la Société d'études législatives. Paris, 1969.
- (82) E. Lambert: Introducción a la obra de M. Fathy: "La doctrine musulmane de l'abus du droit", Paris, 1913, pág. XI.
- (83) Ver apartado 6 y 8 del presente capítulo.
- (84) E. Kant: "Crítica de la razón práctica". Traducido por E. Miñana y M. García. Espasa-Calpe, Madrid, 1975.

- (85) R. Fédou: "El Estado en la Edad Media". Traducción de E. M<sup>a</sup> Ferreira. Edaf, Madrid, 1977, págs. 37 y Ss.
- (86) C. Gómez Torres: "El abuso del derecho en la doctrina del tribunal supremo". Ob., cit., pág. 61.
- (87) R. Savatier: "Traité de la responsabilité civil en Droit Français". Ob., cit., pág. 23.
- (88) C. Gómez Torres: "El abuso del derecho en la doctrina del tribunal supremo". Ob., cit., pág. 69 y Ss.
- (89) J. Calvo Sotelo: "El abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo". Ob., cit., pág. 99 y Ss.
- (90) I. de Casso y Romero: "Aportación a la sistemática del abuso del derecho". Discurso en su recepción pública en la Academia Sevillana de Buenas Letras el 24 de marzo de 1935. Sevilla, 1935, págs. 28 y Ss.
- (91) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 45.
- (92) A. Calsamiglia: "Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica". Ariel, Barcelona, 1978, pág. 69.
- (93) L. Basso: Comunicación al Covenio sobre, "Giustizia e potere". Recogido en Democrazia e diritto, nº 4, octubre-diciembre de 1971, pág. 558.
- (94) P. Barcellona: "L'uso alternativo del Diritto". Bari, 1976. Editori La Terza, 1973. Vol. I y II. Biblioteca di Cultura Moderna.  
  
F. Neumann: "Lo stato democratico e lo stato autoritario". Bologna, 1973, pág. 267.
- (95) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 95.

- (96) P. Andrés Ibañez: "Uso alternativo del derecho y práctica jurídica". F. Torres, Valencia, 1978, págs. 63 y Ss. En el texto colectivo "sobre el uso alternativo del derecho".
- (97) W. Albendroth, K. Lenk: "Introducción a la ciencia política". Ob., cit., págs. 227 y Ss.
- (98) K. Loewenstein: "Teoría de la Constitución". Ob., cit., págs. 304 y Ss.
- J. Castán Tobeñas: "Poder judicial e independencia judicial". Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951.
- (99) Montesquieu: "Del Espíritu de las leyes". Traducido por M. Vázquez y P. de Vega. Tecnos, Madrid, 1972. Libro XI, Capítulo VI, pág. 151.
- (100) Ibit., Libro XI, Capítulo VI, pág. 154.
- (101) A. Laski: "The state in teory and pactice". George Allen and Unwin. London, 1934, pág. 204.
- (102) P. Andrés Ibáñez: "Uso alternativo del Derecho y práctica judicial". Ob., cit., págs. 72 y Ss.
- (103) G. Tarello: "Orientamendi della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete". En L'uso alternativo del diritto, I. Scienza giuridica e analisi marxista, ed. al cuidado de P. Barcellona, Bari, pág. 69.
- (104) S. Senesse: "Apparato giuridico e logica del sistema"; en Problemi del socialismo, nº 18, 3ª serie, 1973, pág. 825.
- S. Senesse: "Funzione dell'apparato giuridiziaro, in rapporto alla classe dominante e compiti di un movimento di giudici democratici", en L'administrazione della giustizia in Italia, texto colectivo, Roma, 1974, pág. 51.
- (105) C. Salvi: "Equità e rapporti di produzione"; en Democrazia e diritto, nº 4, 1973, pág. 244.

- (106) G. Moech: "La giustizia in Italia". Milano, 1970, pág. 36.
- (107) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., págs. 14 y Ss.
- (108) F. Puig Peña: "Compendio de derecho civil". Tomo I, Parte general, Aranzadi, Barcelona, 1966, pág. 253.
- (109) L. Wettgenstein: "Tractatus logico-philosophicus". Introducción de E. Tierno Galván. Alianza Editorial, Madrid, 1973, 4.11.2, pág. 85.
- (110) A. Latorre: "Introducción al Derecho". Ariel, Barcelona, 1972, pág. 186.
- (111) Ver apartados 4, 5, 6 de esta tesis.
- (112) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., págs. 19 y Ss.
- (113) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Tomo II. Ob., cit., pág. 416. "No todo el contenido de la Constitución es Derecho Constitucional, ni todo Derecho Constitucional está en la Constitución".
- (114) A. Latorre: "Introducción al Derecho". Ob., cit., pág. 98.
- (115) Ver apartados 3, 4, 5, 6, de la 1ª parte de esta tesis.
- (116) E. Díaz: "Estado de Derecho y Sociedad democrática". Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1973, pág. 36.
- (117) R. Entrena Cuesta: "Curso de Derecho administrativo". Tecnos, Madrid, 1974, págs. 580 y Ss.
- (118) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso de derecho y el orden jurídico-administrativo". Ob., cit. págs. 77 y Ss.
- (119) Garrido Falla: "La evolución del recurso contencioso-administrativo en España". Revista de la Administración Pública, nº 64, Madrid.  
Mendizabal Allende: "El principio de unidad jurisdiccional y lo contencioso-administrativo en 1870". En Revista de la Administración Pública, nº 64, Madrid.

Martín Mateo: "Derecho administrativo y materia contenciosa". En Re  
vista de la Administración Pública, nº 55, Madrid.

Entrena Cuesta: "Curso de Derecho Administrativo". Ob., cit., pág.  
599 y Ss.

Parada Vázquez: "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso conten-  
cioso"; en Revista de Administración Pública, nº 55, Madrid.

L. Martín Retortillo: "Responsabilidad patrimonial de la Administra-  
ción de jurisdicción"; en Revista de la Administración Pública, nº 42,  
Madrid.

Garrido Falla: "La fiscalización de los derechos legislativos por la  
jurisprudencia contencioso-administrativa"; en Revista de Administra-  
ción Pública, nº 60, Madrid.

- (120) O. Mayer: "Le droit administratif allemand". Paris, 1903, Vol. I,  
pág. 97. "Un recurso parecido al francés de exceso de poder es en el  
Derecho alemán el de violación de ley".

En el lenguaje jurisprudencial español abuso de poder significa, menos  
precio de la ley, exceso de autoridad, incompetencia. Sentencia de 4  
de noviembre de 1901, 21 de marzo de 1921, acto de 29 de febrero de  
1916.

- (121) Hauriou: "Précis de droit administratif et de droit public". Onzième  
édition, Lib. du Recueil Sirey. Paris, pág. 406.

- (122) Merkl: "Teoría general del derecho administrativo". Madrid. Rev. de  
Derecho Privado, pág. 89.

- (123) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho y el orden ju-  
rídico-administrativo". Ob., cit., pág. 99.

- (124) M. S. Giannini: "Diritto amministrativo". Tomo I, Milán, 1970, pág.  
477.



Citado por Entrena Cuesta. "Curso de Derecho Administrativo". Ob., cit., pág. 425.

- (125) Merikoski: "Le pouvoir discretionnaire". Paris, 1964, pág. 12.
- (126) R. Entrena Cuesta: "Curso de Derecho administrativo". Ob., cit., pág. 124.
- (127) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., pág. 107.
- (128) Ibit., pág. 108.
- (129) Ibit., pág. 109.
- (130) Ibit., pág. 109.
- (131) Ibit., pág. 112.
- (132) H. Welter: "Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative". Paris, 1929, págs. 109 y Ss.
- (133) G. Lumia: "Principios de teoría e ideología del Derecho". Debate, Madrid, 1978, pág. 107.  
  
A. Hauriou: "Précis de droit administratif". Ob., cit., pág. 455.
- (134) V. Demogue: "Des obligations". Paris, 1924, Tomo IV, pág. 387.
- (135) H. Welter: "Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative". Ob., cit., pág. 103.
- (136) Ebren: "Théorie de détournement de pouvoir". Lyon, 1901, pág. 33.  
  
Hauriou: "Précis de droit administratif et de droit public". Ob., cit., pág. 455.
- (137) H. Capitant: "Sur l'abus des droits", en *Révue trimestrelle de droit civil*, 1928, pág. 374.
- (138) Bonnard: "Précis de droit administrative", Paris, 1943, pág. 92.

- Donnard: "Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives".  
Révue de droit public, Ronis, 1923, págs. 391 y Ss.
- (139) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., págs. 119 y Ss.
- (140) Por el comentario opina, E. Martínez Useros, que existe una equivalencia entre facultades y derechos objetivos. Ibit., pág. 145.
- J. Calvo Sotelo: "La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo". Ob., cit., pág. 110.
- (141) Demogue: "Des obligations". Paris, 1924, Tomo IV, pág. 351.
- (141) J. Calvo Sotelo: "La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo". Ob., cit., pág. 55.
- (143) E. Martínez Useros: "La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico-administrativo". Ob., cit., pág. 130.
- (144) Ibit, pág. 131.
- (145) Galeotti: "Controlli costituzionali"; en Enciclopedia del Diritto, Vol. X, Guiffre, Milán, 1964, págs. 319 y sig.
- (146) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. III, Ob., cit., pág. 91.
- (147) A. Hauriou: "Droit constitutionnel et institutions politiques". Traducción castellana adaptada y apéndice a cargo de J. A. González Casanova. Ariel, Barcelona, 1971, págs. 326 y Ss.
- P. Biscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho constitucional Comparado". F.C.E. Madrid, 1979. Traducción de H. Félix Zamudio, págs. 357 y Ss.
- (148) W. Albendroth y K. Lenk: "Introducción a la ciencia política". Ob., cit., págs. 197 y Ss.

- (149) P. Lucas Murillo de la Cueva: "La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1979, Madrid, pág. 204.
- (150) Ver el apartado 7, Parte II de esta tesis.
- (151) M. García Pelayo: "Las transformaciones del Estado contemporáneo". Alianza Universidad, Madrid, 1977, págs. 65 y Ss.
- (152) A. Hauriou: "Droit constitutionnel et institutions politiques". Ob., cit., pág. 470.
- (153) P. Lucas Murillo de la Cueva: "La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria". Revista del Centro de Estudios Constitucionales, 1979, Madrid, pág. 212.
- (154) Ibit., pág. 209.
- (155) P. Lucas Murillo: "La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria". Ob., cit., pág. 211.
- (156) P. Biscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho constitucional comparado". Ob., cit., pág. 263.
- (157) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. I, Tecnos, Madrid, 1972, págs. 368-370.
- Del mismo autor: el comentario al título I del anteproyecto constitucional (fórmula política de la Constitución), en Estudios sobre el proyecto de constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978; pág. 11-27. También del mismo autor, "Principios de ciencia política", Vol. II, Tecnos. Madrid, 1973, pág. 99-106.
- (158) P. Lucas Murillo: "La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria". Ob., cit., pág. 221.
- (159) Sobre las distintas fórmulas de elección de los miembros del T. Constitucional; P. Biscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho Constitucional comparado". Ob., cit., págs. 364 y sigs.

- (160) P. Lucas Murillo: "La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria". Ob., cit., pág. 222.
- (161) Ibit., pág. 229.
- P. Biscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho constitucional comparado". Ob., cit., pág. 364.
- (162) A. Hauriou: "Droit constitutionnel et institutions politiques". Ob., cit., págs. 344, 352 y Ss.
- (163) P. Biscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho constitucional comparado". Ob., cit., págs. 358, 360 y Ss.
- (164) Ver apartado 5 de la segunda parte de esta tesis.
- P. Lucas Verdú: "Socialismo y derecho constitucional". Revista de Ciencias Sociales (Sistema), nº 17-18, Madrid, abril de 1977, págs. 25 y Ss.
- (165) Ver apartado 1 de la segunda parte de la presente tesis.
- (166) P. Lucas Verdú: "Curso de derecho político". Tomo II. Ob., cit., págs. 525 y Ss.
- (167) El artículo 53.3 de nuestra Constitución dice: los principios reconocidos en el Capítulo III, son un mandato para el legislador y deben informar la legislación positiva obligando al juez en cuanto debe atender a ellos la "práctica judicial".
- (168) P. Lucas Murillo: "La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria". Ob., cit., pág. 219.
- (169) Sobre la función social de la Constitución en los Estados socialistas, ver el texto del jurista polaco, Stefan Rozmaryn: "La constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes par Paolo Biscaretti di Ruffia et Stefan Rozmaryn". Libreria Scientifica Editrice. G. Giapichelli, Torino, 1966, págs. 79-82.

P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho Político". Tomo II. Ob., cit., pág. 457.

- (170) C. Gómez Torres: "El abuso de los derechos fundamentales"; en el Vol. colectivo "Derechos fundamentales", Ob., cit., pág. 327.
- (171) C. Gómez Torres: "El abuso de los derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 304.
- (172) Ibit., pág. 268.
- (173) Ibit., pág. 328.
- (174) Ver el apartado 6 de la primera parte de esta tesis.
- (175) Ver apartado sobre derechos económico-sociales de esta investigación.
- (176) J. Calvo Sotelo: "La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo". Ob., cit., pág. 55.

El autor coincide en afirmar que el origen de la figura del abuso del derecho no está en Derecho privado, sino que el abuso de derecho en lo civil es una traslación de la doctrina del abuso de poder en lo administrativo.

- (177) Pablo Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Vol III. Ob., cit., pág. 68.
  - (178) Ley Fundamental de la República Federal Alemana, Art. 18. Constitución Portuguesa, Art. 9.
  - (179) C. Gómez Torres: "El abuso de los derechos fundamentales". Ob., cit., págs. 310 y Ss.
- Recasens Siches: "Tratado general de Filosofía del derecho". Porrúa, México, 1965, pág. 600.
- (180) M. Herrero de Miñón: "Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil"; en R.E.P., 1974, Madrid, págs. 89 y Ss; 107 y Ss.

G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pag. 130 y Ss.

C. Gómez Torres: "El abuso de los derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 112.

(181) W. Reimers: "Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht". Broschek, Hamburg, 1958.

(182) Ver el apartado de esta tesis, sobre la naturaleza de los derechos fundamentales.

(183) L. Duguit: "Las transformaciones del derecho (público y privado)". Ob., cit., págs. 221 y Ss., 274.

(184) L. Recasens Siches: "Tratado general de filosofía del derecho". Ob., cit., pág. 611.

Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ONU, 10 de diciembre de 1948. "Textos Básicos sobre Derechos Humanos", edición a cargo de G. Peces-Barba. Ob., cit., pág. 235.

(185) Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales. Roma, 4 de noviembre de 1950. "Textos Básicos sobre Derechos Humanos", Ob., cit., pág. 298.

(186) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 134.

(187) C. Gómez Torres: "El abuso de los derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 312.

(188) M. Herrero de Miñón: "Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del código civil". Ob., cit.

(189) C. Gómez Torres: "El abuso de los derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 300.

(190) L. Recasens Siches: "Tratado general de Filosofía del derecho". Ob., cit., pág. 597.

A. Sánchez de la Torre: "Comentario al Fuero de los Españoles, (Teoría jurídica de los derechos humanos)". IV, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 31 y Ss.



- (191) J. Castán Tobeñas: "Los derechos del Hombre". Ob., cit., págs. 20 y Ss.
- Y. Madiot: "Droits de l'homme et libertés publiques". Masson, Paris, 1976, págs. 120 y Ss.
- C. Gómez Torres: "Del abuso de los derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 315.
- (192) G. Morelli: "La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno". Giuffrè, Milán, 1966, pág. 157.
- (193) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 135.
- (194) Ibit., pág. 123.
- (195) P. Lucas Verdú: "Curso de derecho político". Ob., cit., pág. 86 y Ss.
- (196) Ver el apartado sobre el Estado Democrático de Derecho en la primera parte de esta investigación.
- (197) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 136.
- (198) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. III, Ob., cit., pág. 87.
- (199) Ibit., pág. 89.
- (200) A. C. Jerolo: "La libertà ai negatori di libertà", en su Vol. I "Problemi pratici della libertà". Giuffrè, Milano, 1961, págs. 50 y Ss.
- (201) A. Padilla Serra: "La República Federal Alemana". Capítulo IX del texto Curso de derecho comparado, Sánchez Agesta, Universidad de Madrid. Facultad de Derecho, Madrid, 1976, pág. 312 y sig.
- (202) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág., 195.
- (203) P. Bisscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho constitucional comparado". Ob., cit., pág. 171.

- (204) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág. 257.
- (205) A. Padilla Serra: "La República Federal Alemana". Ob., cit., págs. 314 y Ss.
- (206) P. Bisscaretti di Ruffia: "Introducción al Derecho constitucional comparado". Ob., cit., págs. 175 y Ss.
- E. Stein: "Derecho político". Ob., cit. pág. 261.
- (207) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., págs. 187 y Ss.
- (208) H. C. Nipperdey: "Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz". 3ª Ed., 1965, págs. 21 y Ss. Cfr.
- E. Stein: "Curso de derecho político". Ob., cit., pág. 186.
- Pérez Serrano: "Tres lecciones sobre la Ley Fundamental de Bonn". Escuela Social de Madrid. 1951. Págs. 50 y Ss.
- (209) G. Dürig: "Der Staat und die Vermögenswerten Öffentlich - rechtlichen Berechtigungen reimer Bürger". Festschrift für apelt, 1958, págs. 13 y Ss.
- Resolución, 6, 270 y Ss. Resolución, 2, 280 y sig., 402. Así como en la resolución, 358 y Ss. Cfr. E. Stein "Derecho político". Ob., cit., pág. 168.
- (210) P. Lucas Verdú: "Curso de derecho político". Ob., cit., págs. 81 y Ss.
- (211) Klaus Stern: "Das Staatsrecht der Bundesrepublik, Deutschland". Verlag. C. H. Beck. München, 1977. Págs. 166 y Ss.
- Konrad Hesse: "Grundzüge des Verfass Ungsrechts der Bundesrepublik Deutschland". C. F. Müller, Heidelberg Karlsruhe. 1980.
- El término "limitar", lo utilizo en el sentido del límite no de "limitación" siguiendo la distinción de G. Morelli.
- "La sospensione del diritti fondamentali nello Stato moderno". Giuffre, Milán, 1966, pág. 157. Cfr, G. Peces-Barba, "Los derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 123.

- (212) F. Rubio Llorente: "El Tribunal Constitucional federal Alemán". Caracas. 1962. Pág. 78.
- E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág. 145.
- (213) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Vol. III, Ob., cit., pág. 90 y nota - 134.
- Pérez Royo: "La reserva de ley". Facultad de Derecho. Sevilla, 1969.
- (214) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág. 251.
- G. Morelli: "La sospensione dei diritti fondamentali nello stato moderno". Giuffrè, Milano, 1966, pág. 151.
- (215) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág., 218.
- (216) F. Rubio Llorente: "El tribunal constitucional federal alemán". Ob., cit., pág. 109.
- M. Pérez Serrano: "Tres lecciones sobre la Ley Fundamental de Bonn". Escuela Social de Madrid, 1951, págs. 30 y Ss.
- E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág. 240.
- (217) Este criterio lo fijó el Tribunal Supremo Federal el 25-1-1953 (jurisprudencia administrativa 5, 641 y Ss.). El citado Tribunal decía: "Una ley afecta al contenido esencial de un derecho fundamental cuando limita la vigencia de este derecho y más de lo que exige el motivo, objetivo o fundamento de la intervención". La Resolución del Tribunal Constitucional Federal, 16, 144 y Ss.
201. Cfr. E. Stein, Derecho político, ob., cit., pág. 247.
- (218) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág. 246 - 247.
- Y. Madiot: "Droits de l'homme et libertés publiques". Masson, Paris, 1976, pág. 126.
- (219) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág. 249.

- (220) P. Lucas Verdú: "Curso de Derecho político". Ob., cit., pág. 69.
- P. Lucas Verdú: Constitución española, edición comentada, Centro de Estudios Constitucionales, comentario al art. 53.
- (221) P. Lucas Verdú: "Curso de derecho político". Ob., cit., pág. 69.
- (222) L. Duguit: "Las Transformaciones del derecho (público y privado)". Ob., cit., pág. 53.
- P. Lucas Verdú: "Curso de derecho político". Ob., cit., pág. 89. Vol. III.
- (223) P. Lucas Verdú: "Curso de derecho político". Ob., cit., pág. 87 y Ss.
- (224) Sánchez de la Torre: "Comentario al fuero de los españoles". (Teoría jurídica de los derechos humanos, IV). Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, págs. 30 - 31.
- C. Gómez Torres: "El abuso de los derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 314.
- F. Battaglia: "Estudios de teoría del Estado". Ob., cit., pág. 165.
- (225) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 127.
- (226) T. Draper: "El abuso de poder, un análisis de la política exterior norteamericana". Traducción de Emilio Menéndez del Valle. Editorial Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1968, pág. 48 y Ss.
- (227) A. Padilla Serra: "La República Federal Alemana". Ob., cit., págs. 337 y Ss.
- (228) I. D. Duchacek: "Derecho y libertades en el mundo actual". Traducción de O. Monserrat, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, págs. 306 y Ss.
- H. Cartwright: "Les droits de l'homme et les libertés fondamentales en Grand Bretagne", en la obra, "Essais sur les droits de l'homme en Europe" Première série, Institut Universitaire d'Etudes Européennes, Paris, 1959, pág. 40 y Ss.

G. Morelli: "La sospensione del Diritti fondamentali nello Stato moderno". Giuffré, Milano 1966, pág. 108.

- (229) K. Loewenstein: "Teoría de la Constitución". Ob., cit., pág. 414 y Ss.
- (230) W. Albrecht y Kurt Lenk: "Introducción a la Ciencia Política". Ob., cit., pág. 312 y Ss.
- (231) J. González Casanova: "El derecho a la libre expresión y a la información". Cuadernos para el Diálogo; extra XII, pág. 17 y Ss.
- (232) E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág. 219.
- (233) M. Chartier: "La jurisprudence du Bundesfassungsgericht, sur les partis politiques" en essais sur les droits de l'homme en Europe, ob., cit, pág. 110.
- R. Morono: "Partidos y democracia: Los Partidos políticos en la Constitución Española". Vol. colectivo. Los Partidos políticos en España. Labor, Barcelona, 1979, págs. 10 y Ss.
- (234) J. Habermas: "Teoría y Praxis social". Ob., cit., pág. 65.
- (235) J. A. González Casanova: "El derecho a la libre expresión de la información". Ob., cit., pág. 17 y Ss.
- (236) P. Lucas Verdú: "La lucha por el Estado de Derecho". Ob., cit., pág. 71.
- (237) F. Rubio Llorente: "El Tribunal Constitucional Federal Alemán". Ob., cit., pág. 101.
- E. Stein: "Derecho político". Ob., cit., pág. 219.
- (238) Resolución del T.C.F.; 15, 167 y Ss; 201 y Ss; 4,7 y Ss. Cfr. E. Stein, pág. 64.
- (239) G. Peces-Barba: "Derechos fundamentales". Ob., cit., pág. 135 y Ss.
- (240) R. Aron: "Ensayo sobre las libertades". Alianza Editorial, Madrid, 1956, pág. 11.

- (241) J. de Esteban y L. López Guerra, con la colaboración de Joaquín García Morillo y Pablo Pérez Tremps: "El régimen Constitucional Español". Labor, Barcelona, 1980, Vol. 1, pág. 230.
- P. Lucas Verdú: "Los Títulos Preliminar y Primero de la Constitución y la Interpretación de los Derechos y Libertades Fundamentales". Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1980, pág. 25.
- (242) L. Sánchez Agesta: "Sistema político de la Constitución Española". Editora Nacional, Madrid, 1980, pág. 171.
- (243) J. J. Gil Cremades: "Estudios sobre la Constitución Española de 1978". Edición preparada por Manuel Ramírez. Pórtico, Zaragoza, 1979. Pág. 45 y sig; 76 y sig.
- (244) M. Martínez Sospedra: "Aproximaciones al Derecho Constitucional Español (la Constitución de 1978)". Fernando Torres, Valencia, 1980, pág. 55.
- (245) E. Gómez-Reino y Carnuta: "Las libertades públicas en la Constitución". Texto colectivo "Lecturas sobre la Constitución Española". Director T. R. Fernández, publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.N.E.T. 1978, pág. 65.
- (246) J. de Esteban y Luis López Guerra. Ob., cit., pág. 232.
- (247) P. Lucas Verdú: "Constitución Española". (Edición Comentada). Comentario al artículo 55. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, pág. 144.
- (248) E. Gómez-Reino. Ob., cit., pág. 65.
- (249) R. Morodo: "El Preámbulo de la Constitución". Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político de la U.N.E.T.
- P. Lucas Verdú: "La singularidad del proceso constituyente español". Revista de Estudios Políticos Nueva Epoca, 1 (1978) 9 - 28. Madrid 1978.



- (250) J. A. González Casanova: "Teoría del Estado y Derecho Constitucional". Vicens Vives. Barcelona, 1980, pág. 484.
- (251) R. García Cotarelo. Enrique Linde P.: "Índice analítico de la Constitución Española. 1978". Editora Nacional, Madrid, 1979.

CONCLUSIONES

Siguiendo la costumbre establecida en este tipo de investigaciones, a continuación extraeremos algunas conclusiones que resuman los resultados obtenidos.

Es preciso advertir, sin embargo, que el peligro en toda conclusión es la simplificación, por ello no tienen otro sentido que el de ayudar a precisar y concretar sus postulados.

Hechas estas salvedades, debemos iniciar ahora un balance general del trabajo, que forzosamente, por razones de carácter sistemático, deberá ajustarse, en lo posible, al propio orden estructural de la exposición.

Del estudio llevado a cabo pueden extraerse las siguientes

#### CONCLUSIONES:

PRIMERA. Se corrobora el interés e importancia que el tema tiene, para garantizar, proteger y realizar efectivamente los derechos fundamentales.

SEGUNDA. La pregunta fundamental que hemos intentado contestar es ¿puede abusarse de los derechos fundamentales?

Hoy en día admitir esta posibilidad está en contradicción con la esencia que define a estos derechos. Sin embargo, la respuesta que se ha dado en cada época no ha sido la misma. Estaba en función del significado que se diera a los derechos humanos.

1.- Así el significado que para los revolucionarios de los siglos XVII y XVIII tenían estos derechos, imposibilitan que pudiera tomarse conciencia de su abuso. Para la mentalidad de aquel tiempo, el único que abusaba era el Estado Absoluto.

Para las tesis yusnaturalistas los Derechos humanos eran naturales, innatos, inmutables, universales, por encima de cualquier poder humano, nadie estaba capacitado para limitarlos. A nivel ideológico, por tanto, era imposible que pudiera reconocerse este límite. A nivel económico admitir la posibilidad de abusar en el ejercicio de estos derechos, también estaba en contradicción

con el espíritu del sistema económico que se trataba de implantar, sistema económico definido por la idea de que el mercado se equilibra por sí mismo, según el principio de laissez faire, laissez passer, le monde va de lui même, y mediante el cual se relega al Estado al papel de árbitro.

A nivel político, tampoco podía reconocerse el abuso, porque hubiese atentado contra la función principal de las declaraciones, servir de límite al poder del Estado, y así asegurar el ámbito de libertad a la persona, necesario para el desarrollo del mercado.

En efecto, el abuso de los derechos fundamentales no pudo ni siquiera imaginarse en los siglos XVII y XVIII, porque contradecía los principios ideológicos y los intereses económicos y políticos en los que se fundamentaba la Revolución. Mantener la posibilidad de un uso abusivo de estos derechos era, en aquella época, una posición contrarrevolucionaria.

Las declaraciones de derechos liberales, el único límite que reconocen es el que viene impuesto por el derecho de los demás.

2.- Durante el tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, cambia su significado y naturaleza.

Desde mitades del siglo XIX se pone de manifiesto la insuficiencia del Estado liberal; va quedando anticuado para ordenar la nueva realidad económica, social y política.

El progresivo descrédito a las tesis liberales facilitaron el nacimiento del positivismo. El Estado, para los positivistas es la única fuente de derechos, y los derechos fundamentales son el reflejo del Ordenamiento jurídico. A partir de este momento, en el ejercicio de las libertades, el individuo no es abandonado a sí mismo; las libertades encuentran límites debidos a la coexistencia recíproca y, al mismo tiempo, sufren limitaciones debidas a un verdadero y propio control público que el Estado asume.

Por otra parte, la lucha de la clase trabajadora logró imponer el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, y surgió el con-

cepto de función social; todo ello llevó al reconocimiento constitucional y al perfeccionamiento, en su formulación, de los límites en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Paralelamente en el plano económico, el sistema liberal abstencionista demuestra su ineficacia y es necesario que el Estado asuma el papel de la dirección política y económica del país.

Estas exigencias económico-sociales requieren una política intervencionista por parte del Estado y para ello es necesario crear nuevos cauces técnico-jurídicos de positivación, que dan lugar a la aparición de los límites, y dentro de éstos al especial del abuso de derecho.

TERCERA. Aunque podemos encontrar antecedentes ya en la Edad Media, la Teoría General del abuso tiene su primera manifestación a mitades del siglo XIX como límite especial al ejercicio del derecho de propiedad.

Los criterios que se emplean, y se han empleado, para definir a esta figura han sido muy variados: subjetivos, objetivos y mixtos, pero detrás de todos ellos se esconde una norma de carácter general que permite intervenir al Estado en la regulación y control, en un principio, de las relaciones privadas.

Mediante este límite se trata de impedir que el titular de un derecho, lo ejerce contra la función social que en cada momento el Estado atribuye a determinada facultad.

CUARTA. Los autores partidarios de la Teoría General del abuso, la justifican como instrumento idóneo para llenar las lagunas del Ordenamiento y también como medio de adecuar el Derecho a la realidad social.

Por el contrario, he tratado de demostrar que estas justificaciones son formales, y que realmente la única función que cumple este límite especial es aumentar el poder judicial. Al no producir otro efecto que el aumento del poder de la magistratura, y teniendo en cuenta las características que definen a

este poder en la actualidad, supone un peligro para los avances que las masas populares han logrado en los Parlamentos, al desvirtuar las conquistas históricas, positivizadas en la ley.

Por tanto, el límite especial del abuso si bien en un principio sirvió para dulcificar el extremado individualismo, hoy en día es innecesario, la experiencia nos ha demostrado que a pesar de su reconocimiento la consecuencia general que se desprende en el ejercicio del derecho de propiedad sigue siendo su abuso, y peligroso al ser una norma de carácter general que, sin garantías, permite, en mayor medida, la intervención del Estado en el control de las relaciones jurídicas.

QUINTA. Sin embargo, la necesidad de aplicar figuras que impidan los ejercicios abusivos de los derechos subjetivos privados es evidente, al menos en los sistemas políticos con las características actuales. Por ello, y ante la ineficacia del planteamiento clásico de esta figura, para impedir los abusos es necesario modificarla, y atenuar así las características negativas que la definen actualmente.

Al pertenecer esta figura materialmente al ámbito de lo constitucional, una teoría satisfactoria del abuso de los derechos subjetivos privados, tiene que realizarse desde las categorías que definen a este campo del Ordenamiento.

Así el abuso de derecho, entendido constitucionalmente, se caracteriza por ser el ejercicio de un derecho subjetivo, objetivo y externamente legal, que produce como resultado un perjuicio contrario a los valores y fines que establece la Constitución, valores y fines que vienen determinados en las sentencias del Tribunal Constitucional.

Subrayemos sin embargo, que el abuso en el ejercicio de los derechos es una característica del Estado liberal que no se elimina en el Estado social de Derecho, y que solamente mediante una restructuración de la fórmula de Estado a todos los niveles, podrá llegarse a eliminar el abuso, al menos como característica general. Es decir, solamente en un Estado democrático de Derecho podrá garantizarse que el efecto general del ejercicio de los derechos no sea en su abuso.



SEXTA. La Teoría General del abuso de derecho es característica del Estado intervencionista, en él tiene su origen, y su única función consiste en servir de instrumento jurídico a esta forma de Estado, ya sea democrática o con otro sentido autoritaria.

Su eficacia como instrumento jurídico, se pone de manifiesto en la desmedida tendencia a ampliar su ámbito de aplicación. Así puede ser abusivo, según los autores partidarios de esta doctrina, no solamente el ejercicio de un derecho subjetivo, sino también las facultades y poderes. De esta forma puede haber abuso del poder ejecutivo, abuso del poder judicial, abuso del poder legislativo. Es evidente que entendiendo de esta forma el abuso, se crea con ello una confusión entre la noción de "abuso" y la teoría general del abuso de derecho.

Genéricamente puede entenderse por abuso de derecho el uso anormal de cualquier poder jurídico. Según esta noción, el uso de un derecho será abusivo cuando viole cualquier límite general. En este sentido una teoría del "abuso" coincide con la teoría de los límites. Sin embargo, esta noción general no puede confundirse con el límite especial del abuso.

El abuso, según la teoría clásica, es un límite intrínseco, que viene definido por el uso de un derecho subjetivo, generalmente mal intencionado, la lesión a un interés ajeno no a un derecho, porque en este caso existiría colisión de derechos, el daño tiene que ser inmoral o antisocial y la sanción no es la prohibición o anulación del acto, sino la indemnización de los perjuicios causados. El límite especial del abuso no se basa en la ilegalidad del acto, sino en su legalidad malintencionada.

Confundir la noción general de "abuso" y la teoría clásica del abuso es uno de los errores de los partidarios de la técnica de trasplante, el otro es confundir los derechos subjetivos privados con las facultades, poderes o con los derechos fundamentales.

SEPTIMA. No es posible identificar el recurso de le détournement de pouvoir y el límite especial del abuso; ni los sujetos, ni el carácter de sus atribuciones, ni la función y fin de sus actos abedecen a las mismas categorías.

Al mismo tiempo, los supuestos que teóricamente contemplaría este límite especial de aplicarse al campo del Derecho Administrativo, ya están regulados por instituciones características de esta rama del Ordenamiento; por tanto, el trasplante de esta figura al Derecho Administrativo no sólo es jurídicamente imposible, sino innecesaria.

OCTAVA. La doctrina clásica del abuso no es posible aplicarla tampoco al ejercicio del poder legislativo del Parlamento, entre otras razones porque las facultades de este poder no son derechos subjetivos. Al contrario que en Derecho privado y al igual que en Derecho Administrativo, el fin en las actuaciones de este poder viene expresamente determinado por la ley.

NOVENA. Por lo tanto el ámbito de aplicación de este límite especial queda reducido al campo de los derechos subjetivos privados y aún así es necesario realizar un replanteamiento del mismo, que de acuerdo con su naturaleza, elimine en lo posible los peligros e ineficacia que caracteriza a su formulación actual.

DECIMA. El vicio que representa el admitir el abuso de los derechos fundamentales surge amparado en el positivismo, que considera estos derechos como derechos subjetivos y admite su eficacia inmediata frente a terceros.

Que se rechace la idea de que los derechos fundamentales son derechos subjetivos de la misma naturaleza que los privados y también la teoría de la Drittwirkung y se rechazarán a la vez todas las controversias y sutilezas que se han acumulado sin razón y sin provecho.

1.- Los derechos fundamentales son derechos subjetivos pero especiales, inalienables, imprescriptibles..., esta naturaleza especial los diferencia esencialmente de los derechos subjetivos privados, por ello es jurídicamente imposible el trasplante de la teoría clásica del abuso al ejercicio de estos derechos.

2.- Políticamente el trasplante de esta doctrina se convierte en un arma, que en manos del Estado puede llegar a prohibir el ejercicio de cualquier derecho fundamental.

3.- Para prohibir la libertad a los enemigos de la libertad, son suficientes los límites generales, como el orden público, el bien común, la moral, y las facultades excepcionales de suspensión, siendo innecesario el trasplante de este límite especial.

4.- En la doctrina clásica del abuso de derecho no existe proporcionalidad entre los medios y el fin; característica esencial que tiene que reunir todo límite.

5.- Reconocer un límite con estas características atenta contra la esencia de estos derechos, porque imposibilita la realización de las funciones que los califican como fundamentales.

6.- Por tanto el abuso de los derechos fundamentales es jurídica y políticamente imposible, innecesaria, y contraria a la esencia y naturaleza que define a estos derechos, y su reconocimiento viola la finalidad y las garantías que tiene que reunir todo límite para no convertirse en limitación.

UNDECIMA. Se confirma una vez más con el estudio de la Ley Fundamental de la República Federal alemana, que el límite especial del abuso se corresponde con una fórmula política y organización jurídica coherente con las exigencias de una estructura neo-capitalista.

La función del artículo 18 de la Ley Fundamental, es la de aumentar el poder del Estado mediante la intervención y el control en el ejercicio de los derechos fundamentales, en la línea que caracteriza , cada día en mayor medida, al Estado intervencionista, de intervenir en el ámbito reservado a la persona.

El artículo 18 no es un instrumento necesario para prohibir la libertad a los enemigos de la libertad, y se corre el riesgo de utilizarse para prohibir la libertad a los enemigos del Estado social de Derecho.

DUODECIMA. La Constitución española de 1978 no reconoce, ni implícita ni explícitamente, el abuso de los derechos fundamentales, de modo que, será inconstitucional cualquier ley que lo reconozca.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- W. ABENDROTH y Kurt LENK. Introducción a la Ciencia política. Anagrama. Barcelona, 1971. Traducción de M. Faber-Kaiser.
- M. AGUILAR NAVARRO. Significación histórica del año de los Derechos Humanos. Cuadernos para el Diálogo, extra - XII, Diciembre de 1968.
- P. ANDRES IBAÑEZ. Uso alternativo del derecho y práctica jurídica; en el vol. colectivo "Sobre el uso alternativo del Derecho. F. Torres, Valencia, 1978.
- J. L. L. ARANGUREN. Sentido de una declaración universal de los Derechos Humanos. Cuadernos para el Diálogo. Nº XII, Madrid 1968.
- R. ARON. Essai sur les libertés. Calmann Lévy. Paris, 1965.
- AULARD. Histoire politique de la Révolution Française. Colin. Paris, 1926.
- J. AUSTIN. The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence, con Introducción de H. L. A. Hart, Ed. Weidenfeld. 8 Nicolson. 3ª ed. London, 1968.
- P. A. BARAN y P. M. SWEEZY. El capital monopolista. Traducción de Arminda Chávez de Yáñez. Siglo Vientiuno Editores, Madrid, 1974.
- J. L. BARANDIARAN. Crítica al texto "El abuso del derecho en la reforma del Código civil argentino". Revista de Derecho y ciencias políticas, año IX, nº 1. Primer cuatrimestre de 1945.
- P. BARCELLONA. L'uso alternativo del diritto. Bari. Editori Laterza, 1973. Vol. I y II. Biblioteca di Cultura moderna.
- El Estado y los juristas. Traducción por Juan Ramón Capella. Barcelona. Fontanella, 1976.
- L. BASSO. Comunicación al Convenio sobre "Giustizia e potere". Democrazia e diritto nº 4, octubre-diciembre 1971.
- F. BATTAGLIA. Corso di Filosofia del Diritto. Roma, Foro Italiano, 1940, 3 vd.
- Estudio de Teoría del Estado. Trad. cast. E. Díaz y P. de Vega con Prólogo de L. Legaz y Lacambra, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1966.



BAUDRY-LACANTINERIE. Précis de Droit civil. Tomo II, 1902, Paris Larousse.

Traité théorique et pratique de droit civil. Vol. XII.

Des obligations. 1906. Paris Larousse.

BAULLOC BEAUFRE. Le Code civil 1804-1904. Livre du Centenaire. Vol. I y II.

Discours publié par la Société d'études législatives. Paris, 1969.

J. BENEYTO. Los orígenes de la ciencia política en España. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1949.

J. BENTHAM. Anarchical Fallacies; being an examination of the Declaration of Rights issued during the French Revolution. En Works, Ed. Bowring. New York, 1962.

K. BERGBOHM. Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Glashütten im Taurus, 1973.

Ch. BEAUDANT. Cours de Droit civil Français. 2ème ed. Paris. Rousseau et Cie.

P. BISCARETTI DI RUFFIA. Introducción al Derecho Constitucional Comparado.

Trad. Héctor Fix Lamudio. Fondo Cultura Económica, Madrid, 1979.

N. BOBBIO. El Problema del Positivismo Jurídico. Traducido de la edición italiana por Ernesto Yarzón Valdés. Ed. Eudeba. Buenos Aires, 1966.

Esiste una dottrina marxista dello stato? y Quali alternative alla democrazia rappresentativa? en Mondoperaio, 1975. Recogidos en el vol. colectivo a cargo de F. Coen: Il marxismo e lo stato (Il dibattito aperto nella sinistra italiana sulle tesi di Norberto Bobbio). En Nuova serie dei quaderni di Mondoperaio, 1976.

¿Qué socialismo? Traducción de Juan Moreno. Plaza y Janes. Barcelona, 1978.

J. M. BOCHENSKI. Los Métodos del pensamiento. Traducción de Raimundo Drudis Rialp, Madrid, 1977.

BONNARD. Précis de droit administratif. Paris, 1943.

Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives. Révue de Droit Public. Paris, 1923.

- J. BOSCH. *Eléments constitutifs du délit civil*. Paris, 1901.
- E. BOUTMY. *La Declaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* et G. Jellinek. *Annales de Sciences Politiques*, Paris, 1902.
- BURDEAU. *Le citoyen selon Rousseau*. Actes des journées d'études tenues à Dijon les 3, 4, 5 et 6 mai 1962, Paris, 1964.
- E. BURKE. *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*. Traducción y prólogo de E. Tierno Galván. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1954.
- J. CALVO SOTELLO. *La doctrina del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo*. Vol. LXXVI. Ed. Biblioteca de Derecho y Ciencias Sociales. Vol. LXXVI, Madrid, 1917.
- CAMPION. *La théorie de l'abus des droits*. Paris, 1925.
- E. F. CAMUS. *Curso de Derecho Romano*. Universidad de la Habana, 2ª edición. La Habana, 1941.
- J. R. CAPELLA. *Introducción al Vol. colectivo "Marx, el derecho y el Estado"*. Oikos-Tov. Barcelona, 1969.
- A. CAPITANT. *Sur l'abus des droits*. *Revue trimestrelle de droit civil*, 1928, Paris.
- H. CARTWRIGHT. *Les droits de l'homme et les libertés fondamentales en Grand Bretagne*. En la obra *"Essais sur les droits de l'homme en Europe"*. Première série, Institut Universitaire d'Etudes Européennes. Paris, 1959.
- A. CASAMIGLIA. *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*. Ed. Ariel. Barcelona, 1978.
- E. CASSIRER. *Filosofía de la Ilustración*. 3ª ed. F.C.E. México, 1972.
- I. DE CASSO ROMERO. *Aportación a la sistemática del abuso del derecho*. Discurso de ingreso en la Academia de Buenas Letras. 24 de marzo de 1935. Sevilla, 1935.

J. CASTAN TOBEÑAS. Poder judicial e independencia judicial. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1951.

Los derechos del hombre. (Su fundamentación filosófica y sus declaraciones políticas). Discurso leído el 16 de diciembre de 1968 en la sesión inaugural del curso 1968-69. Ed. Reus. Madrid, 1968.

Derecho civil. Tomo I, Vol. 1. Ed. Bosch, Barcelona, 1971.

S. CASTIGNONE. Legalità, legittimità, legittimazione. Revista Sociologica del Diritto, nº IV/1977-1, Giuffrè, Milano, 1977.

B. DE CASTRO CID. Humanismo jurídico y derechos del hombre, en la obra de Luis Recasens Siches. Anuales de la Cátedra Francisco Suárez, nº 12, fascículo 2º. Universidad de Granada. Cátedra F. Suárez. Departamento de Filosofía del Derecho, 1972.

M. CERDA MEDINA. Las actuales tendencias de garantías constitucionales. Revista de Derecho y Ciencias Sociales. Concepción (Chile), octubre-diciembre de 1962.

U. CERRONI. El pensamiento jurídico soviético. Traducido por Virgilio Zapatero y Manuel de la Rocha. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1977.

El problema de la teorización de la interpretación de clase del Derecho burgués. En el vol. colectivo. Liberalismo y Socialismo: problemas de la transición. El caso chileno. Tucur, Madrid, 1975.

La crítica de Marx a la filosofía hegeliana del derecho público. Trabajo incluido en el texto colectivo Marx, el derecho y el Estado. Introducción, traducción y adaptación de J. R. Capella. Oikos-Tov, Barcelona, 1969.

H. COING. Fundamento de la filosofía del Derecho. Traducción de J. M. Mauri, Ariel, Barcelona, 1961.

L. COLETTI. Ideología y sociedad. Traducción de A. A. Bozzo y J. R. Capella. Ed. Fontanella, Barcelona, 1975.

- A. COLIN y H. CAPITANT. Curso elemental de derecho civil. Tomo III. Edición española. Traducción de Demófilo de Buen. Ed. Reus, Madrid, 1941.
- COTTA. Etudes sur le Contrat Social de J. J. Rousseau. Actes des journées d'études tenues a Dijon les 3, 4, 5 et 6 mai 1962.
- R. H. S. CROSSMAN. Biografía del Estado Moderno. Título original: *Gouvernement and the Governed (A history of Political Ideas and Political Practice)*. 1939 Christophers. Londres. Traducción de J. A. Fernández de Castro. Fondo de Cultura Económica, México, 1977.
- M. DE LA CUEVA. Prólogo al texto de C. Sánchez Viamonte. Los derechos del hombre en la Revolución Francesa.
- CHARMONT. L'abus de droit. Rev. Tri. du droit civil, Paris, 1902.
- M. CHARTIER. La jurisprudence du Bundesfassungsgericht sur les parties politiques. En *Essais sur les droits de l'homme en Europe*, Paris, 1961.
- V. DEMOGUE. Des obligations. Tomo Iv. Ed. 1924, Paris.
- DESSERTAUX. Abus du droit au conflit de droits. Revue trimestrelle de droit civil, 1906. Paris.
- E. DIAZ. Sociología y Filosofía del derecho, Taurus, Madrid, 1971.
- Legitimidad crítica y pluralismo ideológico. *Anales de la C. Francisco Suárez*, nº 15, 1975.
- Estado de derecho y sociedad democrática. Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1973.
- Prólogo al texto "Crítica del Derecho Natural", obra colectiva. Kelsen, Bobbio y otros. Traducción de Elias Díaz. Ed. Taurus, Madrid, 1966.
- La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa. Cuadernos para el Diálogo extra XII, Madrid, 1968.

T. DRAPER. Abuso de poder. Un análisis de la política exterior norteamericana. Traducción de Emilio Menéndez del Valle. Editorial Cuadernos para el Diálogo. Madrid, 1968.

I. D. DUCHACEK. Derechos y libertades en el mundo actual. Traducción de O. Monserrat, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976.

L. DUGUIT. Las transformaciones del derecho (público y privado). Traducción de A. G. Posada, Ramón Jaén y Carlos G. Posada. Heliasta, Buenos Aires, 1975.

Traité de droit constitutionnel. Paris. Ancienne Librairie. Fontemoing, 1924-1930.

G. DURIG. Der staat und die vermögens werten öffantlich - rechtlichen Berechtigungen seimer bürger. Festschrift für Apelt, 1958.

M. DUVERGER. Instituciones políticas y derecho constitucional. Prólogo de Pablo Lucas Verdú, 5ª edición española, dirigida por Jordi Solé-Tená. Ed. Ariel, Barcelona, 1970.

EBREN. Théorie de détournement de pouvoir. Lyon, 1901.

L. ENNECERUS. Tratado de Derecho civil. Vol. I. Derecho de Obligaciones. Bosch, Barcelona, 1950.

ENTRENA CUESTA. Curso de derecho administrativo. Ed. Tecnos, Madrid, 1974.

J. DE ESTEBAN. Historia de los derechos humanos en España. Cuadernos para el Diálogo extra XII, Madrid, 1968.

Constituciones españolas y extranjeras. Ed. Taurus, Madrid, 1977.

Con la colaboración de Joaquín García Morillo y Pablo Pérez Tremps, el Régimen Constitucional Español. Labor, Barcelona, 1980.

J. FABRE. Réalité et utopie dans la pensée politique de Rousseau. Annales J. J. Rousseau, 1959, 1962, XXXV.

- M. FATHY. L'abus du droit en droit musulman. Paris, 1913.
- R. FEDOU. El Estado en la Edad Media. Traducción de E. M<sup>a</sup> Ferreira. Edaf, Madrid, 1977.
- A. FERNANDEZ-GALIANO. Derecho Natutal, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1977.
- D. FERRER MARTIN. El abuso del Derecho en el Proceso". Revista de Derecho Procesal Iberoamericana. Num. 1. Enero-marzo, 1969.
- I. FETSCHER. Rousseau Politischen philosophie zur geschichte des demokratischen. Freiheits, Neuwied, 1960.
- L. FEUERBACH. La esencia del cristianismo. Traducido del original por José L. Iglesias. Editorial Sigueme, Salamanca, 1975.
- GALEOTTI. Controli costituzionale. Enciclopedia del Diritto, vol. X, Giuffrè, Milán, 1964.
- R. GARCIA COTARELO. Los partidos políticos en los sistemas políticos europeos de posguerra. Vol. Colectivo. Los partidos políticos en España. Labor. Barcelona, 1979.
- Indice analítico de la Constitución española, 1978. Editora Nacional, Madrid, 1979.
- E. GARCIA DE ENTERRIA. Sobre los derechos públicos subjetivos. Civitas. Madrid, 1975.
- M. GARCIA PELAYO. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Ed. Alianza. Universidad, Madrid, 1977.
- GARRIDO FALLA. La fiscalización de los derechos legislativos por la jurisprudencia contencioso-administrativa. Rev. de Administración pública nº 60. Madrid.
- La evolución del recurso contencioso-administrativo en España. Rev. de Administración Pública, nº 64, Madrid.



- J. Germain. Proceso al capitalismo. Seis-Barral, Barcelona, 1962.
- V. GIORCIANI. Contributo alla teoria dei diritto. Jicodimento su cosa altrui. Giuffré. Milano, 1940.
- J. J. GIL CREMADES. Estudios sobre la Constitución Española de 1978. Edición preparada por Manuel Ramírez. Portico, Zaragoza, 1979.
- E. GOMEZ ARBOLEYA. Historia de la estructura y del pensamiento social. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1957.
- E. GOMEZ-REINO y CARNOTA. Las libertades públicas en la Constitución. En el texto colectivo "Lecturas sobre la Constitución española". Cordinador Tomás R. Fernández Rodríguez. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.N.E.T., 1978.
- C. GOMEZ TORRES. El abuso del derecho en la doctrina del Tribunal Supremo. Tesis doctoral leída en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona en septiembre de 1974.
- El abuso de los derechos fundamentales. Obra colectiva. - Los derechos humanos. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1980.
- J. GONZALEZ CAMPOS. La protección de los derechos humanos en las Naciones Unidas. Obras colectiva. O.N.U., año XX, 1946, 1966. Ed. Tecnos, Madrid, 1966.
- El orden internacional y la realización de los Derechos Humanos. Cuadernos para el Diálogo, extra XII, Madrid, 1968.
- J. A. GONZALEZ CASANOVA. El derecho a la libre expresión y a la información. Cuadernos para el Diálogo, nº extra XII, Madrid, 1968.
- Teoría del Estado y derecho constitucional. Vicens Vives, Barcelona, 1980.
- J. GONZALEZ PEREZ. Derecho Procesal Constitucional. Civitas, 1979.
- G. GURVITCH. Les déclarations des droits sociaux. Ed. Vrin, París, 1946.

G. GURVITCH. L'idée du droit social. Recueil Sirey. Paris, 1932, reimpression en 1972 en Scientia Verlag Halen.

A. GUSTAVO CORNEJO. Código civil. Tomo I, Cap. IV, Madrid, 1961.

J. HABERMAS. Teoría y Praxis social; traducción de D. J. Vogelmann, editorial Sur (Buenos Aires), 1966.

"Strukturwandel der Öffentlichkeit untersucht zu zentraler Kategorie der bürgerrichten gesellschaft. Luchterhand Neuwied - Berlin, 1969.

A. HAURIOU. Précis de droit administratif et de droit public. Onzième édition. Lib. du Recueil Sirey (Bourdeaux Cadoret), Paris, 1927.

Droit constitutionnel et institutions politiques. Trad. castellana adaptada y apéndice de José Antonio González Casanova. Ed. Ariel, Barcelona, 1971.

HEGEL. Fenomenología del espíritu. Venceslao Rocas. F.C.E. México, 1978.

La Constitución de Alemania. Introducción, traducción y notas de D. Negro Paron. Aguilar, Madrid, 1972.

M. HERRERO DE MIÑON. Aspectos constitucionales del nuevo título preliminar del Código civil. Revista de Estudios políticos, 1974, Madrid.

K. HESSE. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland. C. F. Müller, Heidelberg Karlsruhe, 1980.

T. HOBBS. Leviathan or the matter, form and power of Commonwealth ecclesiastical and civil. Traducción de M. Sánchez Sarto. Antología de textos políticos, del ciudadano - Leviatan. Selección de textos e introducción por E. Tierno Galván. Tecnos, Madrid, 1976.

J. IGLESIAS. Derecho Romano. Ed. Ariel, Barcelona, 1965.

R. VON IHERING. La lucha por el derecho. Estudios jurídicos. Heliasta, Buenos Aires, 1974. Traducción de A. González Posada.

J. JAURES. Historia socialista de la Revolución Francesa. Primera parte 1789-1791. Ed. Prometeo, Valencia.

G. JELLINEK. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Traducido por G. Fradis. Albert Fontemoing, Paris, 1902.

A. C. JEMOLO. La libertà ai negatori di libertà. Vol. I de "Problemi pratici della Libertà". Giuffrè, Milano, 1961.

M. JOSSERAND. L'abus des droits. Traducción de E. Imaz, 1949, México.

Sur la relativité des droits. Révue Internationale de la Théorie du Droit, 1927 - 1928.

De l'esprit des droits et leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits, Sirey, Paris, 1939.

Derecho civil. Traducción de S. Cundrillos, Buenos Aires, Bosch, 1950.

BERTRAN DE JOUVENNEL. Rousseau the pessimistic evolutionist. Yale French Studies, 1961-1962.

M. KANT. Crítica de la razón pura. Traducción de José del Perojo y Figueras. Losada, 1976.

Crítica de la razón práctica. Traducción de Emilio Miñana. Espasa-Calpe, Madrid, 1975.

Crítica del juicio. Traducción de Manuel García Morente. Espasa-Calpe, Madrid, 1977.

W. KUNKEL. Historia del derecho romano. Traducido por Juan Miguel. Ariel, Barcelona, 1970.

E. LAMBERT. Introducción a la obra de M. Fathy. La doctrine musulmane de l'abus du droit, Paris, 1913.

H. J. LASKI. The State in theory and practice. George Allen and Unwin. London.

H. J. LASKI. The ris of European Liberalism. Traducido por Victoriano Miguelez. El liberalismo europeo. Fondo de Cultura Económica, México, 1977.

F. LASALLE. ¿Qué es una constitución? Introducción de Elisio Aja. Traducción castellana de Wenceslao Roces. Ariel, Barcelona, 1976.

A. LATORRE. Introducción al Derecho. Ed. Ariel, Barcelona, 1972.

LEFEBVRE, R. GUYOT, Ph. SAGNAC. La Révolution Française. Lib. Félix Alcan, Paris, 1939.

L. LEGAZ LACAMBRA. Filosofía del Derecho. Ed. Bosch, Barcelona, 1975.

J. LOCKE. Ensayo sobre el gobierno civil. Traducción de Armando Lázaro Ros. Aguilar, Madrid, 1980.

K. LOEWENSTEIN. Teoría de la Constitución. Traducción y estudio por A. Gallego. Anabitarte, Ariel, Barcelona, 1979.

P. L. MURILLO. Notas sobre el proceso de participación política. Revista de Política Comparada. Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, nº 1, 1980.

La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria. Rev. del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979.

P. LUCAS VERDU. Principios de Ciencia Política. Vol I, II y III. Ed. Tecnos, Madrid, 1973.

La singularidad del proceso constituyente español. Revista de Estudios Políticos, Nueva Epoca, 1 (1978)9 - 28, Madrid, 1978.

Socialismo y derecho constitucional. Revista de Ciencias Sociales (Sistema), abril 1977, Madrid.

El Título I del anteproyecto constitucional (fórmula política de la Constitución); en Estudios sobre el Proyecto de Constitución. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978.

P. LUCAS VERDU. Curso de Derecho Político. Vol I, 1980, Vol. II, 1974. Vol. III. 1976. Tecnos, Madrid.

Los Títulos Preliminar y Primero de la Constitución y la Interpretación de los Derechos y Libertades Fundamentales. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1980.

La singularidad del proceso constituyente español. - Revista de Estudios Políticos, Nueva Epoca, 1 (1978) 9-28, Madrid, 1978.

La lucha por el Estado de Derecho". Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1975.

G. LUKACS. Legalidad - ilegalidad. Cuadernos de Teoría Marxista del Partido Político, nº 12, P y P. México, 1975.

El asalto a la razón. Traducción de Wenceslao Roces. Grijalbo, Barcelona, 1975.

G. LUMIA. Principios de Teoría e Ideología del Derecho. Versión castellana, Alfonso Ruiz Miguel. Ed. Debate. Madrid, 1978.

E. LUÑO PEÑA. El derecho social. Revista de Derecho Público, Madrid, 1935.

C. B. MACPHERSON. The Political Theory of Possesive Individualism. 1st. edition, 1962. Publicado en convenio por The Claredon Press, 1962. Traducido por Capella del original. Ed. Fontanella, Barcelona, 1970.

Y. MADIOT. Droits de l'homme et libertés publiques. Masson, Paris, 1976.

H. MARCUSE. Razón y Revolución. Traducción de Julieta Fombona de Sucre. Alianza Editorial. Madrid, 1976.

El Marxismo Soviético. Traducción de Juan M. de la Vega. Alianza Editorial, Madrid, 1967.

J. MARITAIN. Acerca de la filosofía de los derechos del hombre; en volumen colectivo: Los derechos del hombre, estudios y comentarios entorno a la nueva Declaración Universal; reunidas en la U.N.E.S.C.O. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1949.

- M. MARKOVITCH. La Théorie de l'abus des droits en droit comparé. Lyon, 1936.
- M. MARTIN. Derecho administrativo y materia contenciosa. Rev. de Administración Pública, nº 55., Madrid.
- MARTIN RETORTILLO. Responsabilidad patrimonial de la Administración de jurisdicción. Rev. de Administración Pública, nº 42, Madrid.
- P. MARTINEZ PEREZ. Nueva Enciclopedia jurídica. Seix. La voz abuso del derecho.
- M. MARTINEZ SOSPEDRA. Aproximaciones al Derecho Constitucional español. (La Constitución de 1978). Fernando Torres, Valencia, 1980.
- E. MARTINEZ USEROS. La doctrina del abuso del derecho y el orden jurídico-administrativo. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947.
- A. MATTIEZ. La Revolución Francesa. Ed. Labor, Barcelona, 1935.
- O. MAYER. Le droit administratif allemand. Vol. I, Paris, 1903.
- MENDIZABAL ALLENDE. El principio de unidad jurisdiccional y lo contencioso-administrativo en 1870. Rev. de Administración Pública, nº 64, Madrid.
- A. DE MENDOZA. Filosofía del abuso del derecho. Trujillo, Perú, 1959.
- A. Menger. El derecho civil y los pobres. Traducción de A. Posada. Victoria-no Suárez, Madrid, 1898.
- A. MERKL. Teoría general del derecho administrativo. Madrid, Rev. de Derecho Privado, 1935.
- MERKOSKI. Le pouvoir discrétionnaire, Paris, 1964.
- R. MILIBAND. Marx y el Estado, incluido en el texto colectivo. Marx el derecho y el Estado. Introducción, traducción y adaptación de J. R. Capella. Oikos-Tov, Barcelona, 1969.
- B. MIRKINE GUERZEVITCH. Les Tendances des déclarations des droits. Rapport présenté et discuté à la session de 1929 de l'Institut International de Droit Public en Annuaire de Droit Public, Paris, 1930.



F. MITTI. La democracia. Tomo I. Ed. Aguilar, Madrid, 1932.

G. MOECH. La Giustizia in Italia. Milano, 1970.

MONTESQUIEU. Del Espíritu de las leyes. Libro XI, Cap. VI. Ed. Tecnos, Madrid, 1972. Traducción, Mercedes Vázquez y Pedro de Vega.

G. MORELLI. La sospensione del siritti fondamentali nello Stato moderno. Giuffrè, Milán, 1966.

G. MORIN. L'abus du droit et les relations du réffet des concepts dans le domaine juridique. En Révue de Métaphysique et de moral, Paris, 1929.

D. MORNET. Les Origines intellectuelles de la Révolution française. Colin, Paris, 1933.

R. MORODO. Proceso constituyente y nueva Constitución española: anotaciones al preámbulo constitucional. Boletín informativo del Departamento de Derecho Político. Num. 1, Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 1978.

Partidos y democracia: los partidos políticos en la Constitución española. Vol. colectivo: Los partidos políticos en España. Labor, Barcelona. 1979.

Acción Española (Orígenea Ideológicos del Franquismo). Tucarc Ediciones, Madrid, 1980.

Grupos políticos y democracia. Cuadernos para el Diálogo, nº extra XII, Madrid, 1968.

Lecturas de Ciencia política (enfoques teóricos). Tucarc, Madrid, 1975.

F. MURILLO. Los derechos económicos y sociales, extra XII de Cuadernos para el Diálogo. Diciembre de 1968.

F. NEUMAN. Los stato democrático e lo Stato autoritario. Bologna, 1973.

F. OLGIATI. Il concetto di giurdicitá nella sciencia moderna del diritto. Società Editrice Vita e Pensiero, 1934.

C. OLLERO. Democracia Occidental y Libertad. Cuadernos para el Diálogo, extra XII, Madrid, 1968.

A. PADILLA SERRA. La República Federal Alemana. Capítulo IX del Curso de Derecho Comparado de L. Sánchez Agesta. Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1976.

H. DE PAGE. Traité Elémentaire Droit Civil Belge. Tomo I. Bruxelles, 1934.

V. PALAZZOLO Considerazioni sulle Dichiarazioni di Diritti, Giuffrè, Milano, 1947.

PARADA VAZQUEZ. Privilegio de decisión ejecutiva y proceso contencioso. Rev. de Administración Pública, nº 55, Madrid.

E. B. PASUKANIS. Teoría general del derecho. Presentación y traducción de Virgilio Zapatero. Labor, Barcelona, 1976.

G. PECES-BARBA. Libertad, poder, socialismo. Ed. Civitas, Madrid, 1978.

Derechos fundamentales. Biblioteca Universitaria Guadiana, Madrid, 1976.

Textos básicos sobre Derechos Humanos. Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Madrid, 1973.

Socialismo y libertad. Rev. Sistema, nº 9. Abril de 1975.

J. C. PEREIRA PINTO. Manual de Derecho Constitucional. Vol. I - II. Az. Editora S.A. Buenos Aires, 1978.

A. E. PEREZ LUÑO. El proceso de positivación de los derechos fundamentales. Obra colectiva, Los derechos humanos (significación, Estatuto jurídico y sistema). Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

Estado de Derecho y derechos fundamentales. Obra colectiva: Los derechos humanos (significación, Estatuto jurídico y sistema) 3er. Capítulo. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

Delimitación conceptual de los derechos humanos. Obra colectiva. Los derechos humanos (significación, estatuto jurídico y sistema). 3er. Cap. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

A. E. PÉREZ LUÑO. Introducción al texto colectivo, Los derechos humanos (significación, estatuto jurídico y sistema). Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1979.

PEREZ ROYO. La reserva de ley. Facultad de Derecho, Sevilla, 1969.

N. PEREZ SERRANO. Tres elementos sobre la ley Fundamental de Bonn. Escuela Social de Madrid, 1951.

Evolución de las declaraciones de derechos. Discurso de apertura del curso académico 1950-51, Madrid, 1950.

E. PETIT. Tratado elemental de Derecho Romano. Ed. Araujo, Buenos Aires, 1943.

M. PLANIOL. Traité élémentaire de Droit civil. Répandu et complété par G. Ripert. 5ème Edition. Paris. R. Pichon et R. Duran. Aurias, 1950.

K. R. POPPER. La Sociedad abierta y sus enemigos. Traducción de E. Loedel. Paidós, Buenos Aires, 1967.

La miseria del historicismo. Traducción de P. Schwartz. Taurus, Madrid, 1961.

E. PORCHEROT. De l'abus des droits. Dijon, 1901.

F. PUIG PEÑA. Compendio de Derecho Civil. Tomo 1, Parte General, Aranzadi, Barcelona, 1966.

RECASENS SICHES. Tratado General de Filosofía del Derecho, Porrúa, México, 1965.

W. REIMERS. Die Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht, Broschek. Hamburg, 1958.

S. RICOBONO. La Teoria dell'abuso del diritto nella dottrina romana. En Bollettino dell'Istituto di diritto romano, 1939.

V. RIPPERT. El Régimen democrático y el derecho civil moderno. Traducción de J. M. Cajica, Puebla, Editorial J. M. Cajica, 1951.

- S. ROSMARYN. La Constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe Occidentale et dans les Etats Socialistes par Paolo Biscaretti di Ruffia et Stefan Rosmaryn. Libreria Scientifica Editrice. G. Giapichelli, Torino, 1966.
- ROSSANO. Considerazioni sull'equaglianza giurridica. Publicado en la obra homenaje a Sayagües Lasso.
- ROTONDI. L'abuso di diritto. Rivista di Diritto civile, 1923. Roma.
- F. RUBIO LLORENTE. El Tribunal Constitucional Federal Alemán. Caracas, 1962.
- J. RUIZ GIMENEZ. Protección de los Derechos Humanos y reforma de las estructuras. Cuadernos para el Diálogo, extra XII, Madrid, 1968.
- G. SABINE. Historia de la Teoría Política. Traducción de Vicente Herrero. F.C.E., Madrid, 1978.
- R. Saleilles. Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire allemand. 2ème édition. F. Pichon. Paris, 1901.
- C. SALVI. Equità e rapporti di produzione. Democrazia e diritto, nº 4, Roma, 1973.
- L. G. SAN MIGUEL. La nueva utopía democrática. Cuardenos para el Diálogo; extra XII, Madrid, 1968.
- L. SANCHEZ AGESTA. Sistema Político de la Constitución Española. Editora Nacional. Madrid. 1980.
- A. SANCHEZ DE LA TORRE. Comentario al Fuero de los Españoles (Teoría Jurídica de los Derechos Humanos). Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975.
- C. SANCHEZ VIAMONTE. Los Derechos del Hombre en la Revolución Francesa. Ediciones de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Dirección General de Publicaciones, 1956.
- SAVATIER. Effet et Sanctions de l'action morale. Poitiers, Paris, 1916.



SAVATIER. Traité de la responsabilité civile en droit français. 2ème édition. Libr. Gle. de Droit et de Jurisprudence. Paris 1951.

Traité pratique de Droit civil français. 2ème édition. Paris. E. Pichon. Paris.

S. SENESSE. Funzione dell'apparato giudiziario in rapporto alla classe dominante e compiti di un movimento di giudici democratici. L'amministrazione della giustizia in Italia. Texto colectivo. Roma 1974.

SIEYES. ¿Qué es el tercer Estado? Introducción, traducción y notas de Francisco Ayala. Aguilar, Madrid, 1973.

SOAM. Instituciones de Derecho Privado Romano. Ed. Madrid 1928.

A. SOBOUL. La Revolución Francesa. Traducida por E. Tierno Galván. Técnos. Madrid, 1979.

J. SOTELO. El Socialismo Democrático. Taurus, Madrid, 1980.

E. STEIN. Derecho Político. Biblioteca Jurídica, Aguilar, Madrid, 1975.

K. STERN. Das Staatsrecht der Bundesrepublik, Deutschland. Verlag. C.H. Beck München, 1977.

P.I. STUCKA. La Función Revolucionaria del Derecho y el Estado. Traducción y prólogo de J.R. Capella. Península, Barcelona, 1969.

J.L. TALMON. Los Orígenes de la Democracia Totalitaria. Traducción de M. Cardenal. Madrid. Aguilar. 1955.

G. TARELLO. Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete. L'uso alternativo del diritto, I. Scienza giuridica e analisi marxista. Ed. al cuidado de P. Barcellona. Bari, 1973.

R. H. TAWNEY. La igualdad. Traducción de Francisco Giner de los Ríos. F.C.E. México. 1945.

TAYLOR. Studies on Voltaire and the eighteenth century. Génova. Vol. XXVII.

E. TIERNO GALVAN. La Democracia en los países socialistas. Cuadernos para el Diálogo, extra XII, diciembre de 1968, Madrid.

Acotaciones a la historia de la cultura occidental en la Edad Moderna. Ed. Técno. Madrid, 1964.

Prólogo al texto de Montesquieu: El Espíritu de las Leyes. Traducido por el mismo autor. Ed. Técno. Madrid 1972.

Baboeuf y los iguales. Un episodio del Socialismo premarxista. Ed. Técno. Madrid 1967

Antología de Marx. Editorial Cuadernos para el Diálogo. Madrid 1973.

Estudios de pensamiento político. Texto colectivo de E. Tierno Galván y Raúl Morodo. Ed. Tucur. Madrid 1976.

Introducción al texto de Hobbes: Antología de textos políticos. Del ciudadano - Leviatan. Ed. Técno. Madrid 1976.

A. TOCQUERILLE. El Antiguo Régimen y la Revolución. Traducción de Angel Guillén. Guadarrama. Madrid 1969.

L. TORRES BOURSAULT. Cara y Cruz de los Derechos del Hombre. Cuadernos para el Diálogo, extra XII, Madrid 1968.

A. TRUYOL Y SERRA. Los Derechos Humanos. Ed. Técno, Madrid 1977.

Vigencia Internacional de los Derechos Humanos. Cuadernos para el Diálogo, extra Nº. XII, Madrid 1968.

G. VAN DEN BOSCHE. Des limitations imposées par les relations de voisinage à l'exercice du droit de propriété sur les inmuebles. Révue T.D. Civil Paris, 1902.

G. DEL VECCHIO. La Declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano en la Revolución Francesa. La teoría del contrato social. Editados conjuntamente en español bajo el título: los derechos del hombre y el contrato social. Traducción de M. Castaño, Reus, Madrid 1914.



- A. VERDROSS. Derechos Internacional Público. Traducción castellana de A. Truyol y Serra. 4ª Edición. Ed. Aguilar. Madrid 1972.
- M. VILLEY. Critique des droits de l'homme. En Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Nº. 12, fascículo 2. Granada 1972.
- M. WEBER. La Etica Protestante y el Espíritu del Capitalismo. Ediciones Península, Barcelona, 1975. Traducción de Luis Legaz Lacambra. Economía y Sociedad. F.C.E. México, 1964.
- H. WELTER. Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative. Paris 1929.
- WELZEL. Introducción a la Filosofía del Derecho. Ed. Aguilar. Traducción de F. González Vicens. Madrid 1971.
- WINDSCHEID. Diritto delle Pandette. Traducción Italiana de Fadda y Bensa. Ed. Unione Tipografico - Editrice Torinese. Torino. 2ª edición, 1930 5 vols.
- L. WITTGENSTEIN. Tractatus Logico - Philosophicus. Alianza Universidad. Madrid 1973. Versión española de E. Tierno Galván.
- B. WOOTON. Libertad con planificación. Fondo de Cultura Económica. México 1946.

REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE  
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS  
DOCTORAL CON LA CENSURA DE ~~habilitación para~~  
MADRID, 17-XII-80

~~S. Herrero~~ ~~Real Academia de Ciencias Exactas~~

h h m m m m m

this key

